

LE CONTROLE DE LA LÉGALITÉ ADMINISTRATIVE PAR LES TRIBUNAUX JUDICIAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 10 mars 1964

PAR

THIERRY CATHALA

MEMBRES DU JURY :

Président de la thèse : M. J. RIVERO, Professeur

Suffragants { M. DE JUGLART, Professeur
 { M. DE SOTO, Professeur

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot (V°)

P A R I S

1966



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LE CONTROLE
DE LA LÉGALITÉ ADMINISTRATIVE
PAR LES TRIBUNAUX JUDICIAIRES

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses : ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.*



LE CONTROLE DE LA LÉGALITÉ ADMINISTRATIVE PAR LES TRIBUNAUX JUDICIAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 10 mars 1964

PAR

THIERRY CATHALA

MEMBRES DU JURY :

Président de la thèse : M. J. RIVERO, Professeur

Suffragants { M. DE JUGLART, Professeur
M. DE SOTO, Professeur

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot (V°)

PARIS

1966

Principales abréviations

B.	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation : Le premier chiffre indique le n°, le second la page.
B. Civ.	Bulletin des arrêts des Chambres civile, commerciale et sociale de la Cour de cassation.
C.A.	Cour d'appel.
C.E.	Conseil d'Etat.
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation.
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation.
Confl.	Tribunal des Conflits.
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation.
D.	Recueil Dalloz.
D.A.	Dalloz analytique.
D.H.	Dalloz hebdomadaire.
D.P.	Dalloz périodique.
Dr. Soc.	Droit social.
Dt. Adm.	Actualité juridique - Droit administratif.
G.P.	Gazette du Palais.
J.C.P.	La Semaine Juridique.
Rec.	Recueil Lebon.
R.D.P.	Revue du Droit public et de la science politique.
R.S.F.	Revue de Science financière.
S.	Recueil Sirey.
T.	Tome.
T. Civ.	Tribunal civil.
T. Cor.	Tribunal correctionnel.
T.G.I.	Tribunal de grande instance.
T. Pol.	Tribunal de police.
T.S.P.	Tribunal de simple police.

« Si l'Etat n'est pas soumis à un Droit déterminé et limitant son action, tout l'édifice du droit public s'écroule. »

« En un certain sens, cette question est la question unique du droit public. »

Léon DUCUIT.

(« Traité et Principes de Droit Public. »)

INTRODUCTION

Qu'il soit devenu possible de présenter, sur la compétence exceptionnelle d'appréciation de la légalité des actes administratifs par les tribunaux judiciaires, un corps de règles simples et cohérentes, sinon absolument incontestables et définitives, est aujourd'hui le résultat de l'un des plus notables efforts de la jurisprudence et de la doctrine de droit public des vingt dernières années.

La nécessité, là aussi, a fait loi. L'abondance des recours opposés, depuis la guerre, aux interventions toujours plus nombreuses et plus insinuantes du pouvoir exécutif a obligé les juges à examiner au fond des problèmes trop souvent éludés. En même temps, commentateurs et chercheurs se trouvaient invités à scruter de plus près ces matières mixtes au sujet desquelles jusqu'alors « les ouvrages généraux de droit administratif et de droit pénal se renvoyaient volontiers la balle » suivant l'expression de M. le Doyen Vedel (1).

Ce n'est point que, dans son principe au moins, le droit, pour certaines juridictions judiciaires, de vérifier la légalité contestée d'un acte administratif ait été vraiment méconnu. Mais cette compétence a longtemps paru aussi exceptionnelle par ses applications pratiques que par sa définition. L'Administration ne se sentait pas sérieusement menacée par des tels accidents de procédure et les juges n'avaient point conscience de disposer d'une arme efficace dans un domaine dont l'accès normal leur paraissait toujours strictement interdit.

Or, voici que des circonstances récentes offrent au contrôle judiciaire de nouvelles occasions de s'affirmer et peut-être de s'étendre.

Curieusement, c'est d'abord la juridiction administrative elle-même qui depuis quelques années convie l'ordre judiciaire à se mêler de contentieux administratif. Elle le fait sans doute en assu-

(1) Préface à la thèse de C. PELLETIER, p. 5.

rant leur pleine application aux textes spéciaux prévoyant une compétence judiciaire pour des matières administratives, mais aussi en élargissant ce contentieux d'exception, non répressif, chaque fois qu'elle le croit possible. Ainsi, sous l'autorité même du Conseil d'Etat, s'est découvert peu à peu, au profit pratiquement exclusif des tribunaux judiciaires, un champ d'examen remarquablement vaste de l'activité administrative; en des domaines importants, notamment fiscaux et parafiscaux, le juge des particuliers est devenu le juge quotidien de l'Administration.

Depuis 1958, c'est le pouvoir constituant qui, indirectement, ouvre à l'exception classique d'illégalité en matière pénale, de nouvelles perspectives. On sait comment, à la surprise scandalisée de la doctrine, la matière des contraventions, par l'effet des articles 34 et 37 de la Constitution, a été rejetée dans le domaine accru du pouvoir réglementaire. « Révolution », « révolution à rebours » (2), bouleversement grave en tous cas dans le droit pénal : à la disposition de l'exécutif un arsenal répressif non négligeable, les peines de police pouvant désormais atteindre deux mois d'emprisonnement et 2.000 F d'amende (art. 465 et 466 C. pén.). Mais si les incriminations inférieures ne sont plus du domaine de la loi, c'est en même temps toute une partie du Code pénal et un nombre important de textes répressifs dispersés qui tombent sous le contrôle juridictionnel des juges de la peine. Il y a là quelques raisons de vérifier l'efficacité du contrôle judiciaire de légalité, seul contrepoids d'une délégalisation crainte pour les abus qu'elle pourrait entraîner.

Ces nouvelles responsabilités des magistrats de l'ordre judiciaire redonnent ainsi tout leur intérêt à d'anciennes difficultés et obligent, plus que jamais, à bien connaître les possibilités du contrôle judiciaire.

A leur présentation, nous avons voulu consacrer la première partie de cette thèse. Dans ce travail de délimitation, nous avons le plus souvent suivi des frontières parfaitement reconnues et parfois depuis longtemps. Nous ne pouvions pas sur ce sujet faire de véritables découvertes.

Aussi avons-nous estimé devoir pousser notre curiosité au-delà de ces « opérations de bornage », suivant l'expression d'Achille Mestre (3). Il nous a paru important de savoir quel usage les tribu-

(2) Ces expressions sont celles de M. le Professeur LEVASSEUR : « Une révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions », D. 1959, Chr. p. 121.

(3) In « Recherches sur l'exception d'illégalité », Mélanges Hauriou, 1929, p. 567.

naux judiciaires avaient fait et pouvaient encore faire de leur juridiction d'exception sur la légalité administrative. Mais pour prendre la mesure réelle du contrôle judiciaire, pour faire ressortir ces « différences tenant au tempérament du juge » (4), pour dessiner ainsi les traits dominants de ce contrôle, il faut se livrer à une exploration qui ne va pas sans dangers. Elle oblige à retenir surtout les espèces où le volontarisme du juge a le plus de part et à laisser de côté celles où la solution s'imposait, sans lui laisser de véritable liberté d'appréciation. On entre alors dans un domaine délicat. Il convient de s'y mouvoir avec prudence et l'interprète doit prendre soin de ne pas substituer ses propres vues à celles qu'il doit dégager de la jurisprudence.

Nous ne nous écarterons pas, en conséquence, de ce qui est juridiquement saisissable et exprimable. Même dans ce cadre strict, des tendances marquées pourront être mises en lumière. On en distinguera deux auxquelles les autres paraissent pouvoir se réduire. La première traduit le souci des juges de respecter, à travers l'autonomie du droit de l'Administration, l'indépendance d'un pouvoir chargé d'une mission essentielle dont il a la responsabilité exclusive. La seconde se rattache à la défense d'une autre mission, celle des juges, conscients d'avoir à préserver un corps de principes généraux et de droits particuliers auxquels l'activité administrative doit être impérativement soumise.

(4) M. VEDEL dans sa note sous T. cor., Toulon, Armelin, 18 mars 1948, J.C.P., 148.J.4299.

PREMIERE PARTIE

LE CADRE ACTUEL DU CONTROLE JUDICIAIRE

SECTION PRÉLIMINAIRE

RAPPEL DU PROBLEME POSE PAR LES TEXTES REVOLUTIONNAIRES

C'est du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires que découle directement l'interdiction faite aux tribunaux judiciaires de connaître des actes de l'administration et par conséquent d'en vérifier, même accessoirement, la légalité. Les textes qui ont formulé cette règle sont bien connus. Il paraît toutefois difficile de ne pas les reproduire au seuil de cette étude.

En cinq ans, des dispositions constitutionnelles ou législatives à peu près identiques ont été cinq fois reprises.

C'est d'abord le décret du 22 décembre 1789 : « Elles (les administrations de département et de district) ne pourront être troublées dans l'exercice de leurs fonctions administratives par aucun acte du pouvoir judiciaire. » (article 7).

C'est ensuite la loi célèbre des 16-24-août 1790 : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeurent séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, sous peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps

administratifs ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. » (art. 13 du titre II).

Ce sont, un peu après, deux constitutions successives. Celle des 3-14 septembre 1791 : « Les tribunaux ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. » (art. 3 du Chap. V du titre III). Celle ensuite du 5 fructidor an III (22 août 1795) : « Les juges ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ni faire aucun règlement. Ils ne peuvent arrêter ou suspendre l'exécution d'une loi, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. » (art. 203).

C'est enfin le décret du 16 fructidor an III : « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient aux peines de droit, sauf aux réclamants à se pourvoir devant le Comité des Finances. »

La loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III sont toujours en vigueur et se trouvent souvent visés dans les décisions de justice relatives aux questions de séparation des contentieux.

Les motifs qui ont déterminé les constituants et les législateurs révolutionnaires à se montrer si méfiants à l'égard de l'ordre judiciaire et à organiser une protection aussi rigoureuse de l'Administration contre les envahissements possibles des tribunaux sont aussi bien connus que les textes que nous venons de citer. La séparation des fonctions judiciaires et administratives, nul ne l'ignore plus, a été dictée par l'histoire des rapports des parlements et du pouvoir royal au XVII^e et au XVIII^e siècles.

Louis XIV déjà et dès le début de son règne n'avait pas manqué de tirer la leçon des débordements de la Fronde dont on sait quels cuisants souvenirs il avait conservés. L'interdiction faite au Parlement, en 1653, « de prendre aucune connaissance des affaires de notre Etat et de la direction de nos finances » devait être plusieurs fois confirmée (1). Mais la mort de Louis XIV avait permis la renaissance de l'influence politique du Parlement de Paris qui devait alors contaminer les Parlements provinciaux. Les épisodes de cette turbulence généralisée (2) dépassent évidemment notre sujet et nous nous bornerons à rappeler ici qu'ils ont été à l'origine de l'une des dernières et des plus graves crises du pouvoir central avant la fin de l'Ancien Régime. Dans cette lutte, où les

(1) F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du Droit Français*, 1948, p. 547.

(2) Pour le plus connu de ces épisodes, l'affaire d'Aiguillon-La Chalotais, nous renvoyons à ce qu'en rapporte M. PELLETIER dans sa thèse, p. 12.

parlementaires ont témoigné de tant d'inconséquence, où Louis XV dut aux édits de Maupeou de « gagner un procès » que son successeur voulut bien reperdre (3), c'est le régime révolutionnaire qui remporta finalement la victoire. Dans cet affrontement de pouvoirs en effet, il n'y eut pas de véritable solution de continuité entre l'Ancien Régime et la Révolution : avant et après 1789, les mêmes principes furent mis en jeu, avant et après 1789, les mêmes esprits soutinrent la cause de l'exécutif, qu'il soit monarchique ou républicain (4).

Toutefois, si cette communauté particulière de préoccupations entre l'Ancien Régime et la Révolution ne pouvait pas manquer d'être rappelée puisqu'elle fait apparaître le principe de la séparation des fonctions plus comme une confirmation de règles antérieures que comme une véritable innovation, on ne peut attendre d'une étude historique sur ce sujet d'intéressantes indications sur les problèmes que nous abordons. Comme l'a noté Laferrière (5), la difficulté des questions préjudicielles ne se présentait pas du tout de la même façon sous l'Ancien Régime. Si le roi estimait que l'un des points en litige devant une juridiction de son royaume excédait la compétence des juges saisis, il exerçait son droit d'évocation à l'égard de l'ensemble de la cause jugée qui échappait alors totalement et définitivement à la juridiction primitivement compétente. Les notions d'exception et de renvoi étaient inconnues en la matière.

La recherche des possibilités du contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires doit donc partir des textes que nous venons de citer et d'eux seuls. C'est par eux qu'un problème de droit positif est posé, c'est de l'étude des principes qu'ils établissent que des solutions peuvent être dégagées.

Or, nous avons à constater que la portée de ces principes est très différente suivant la nature de la juridiction exercée — juridiction pénale ou juridiction civile — et qu'à l'intérieur de l'activité administrative une distinction essentielle au regard de notre sujet doit être faite entre l'activité administrative normale et l'activité fiscale. Cette dernière relève juridictionnellement, pour une grande part, des tribunaux judiciaires. Le problème du contrôle de la légalité des actes administratifs dans ce contentieux judiciaire

(3) Pour parler comme le Chancelier MAUPEOU lui-même.

(4) C'est, par exemple, le propre secrétaire de MAUPEOU, et sans doute le rédacteur de ses édits, qui devint député à la Constituante et consul, LEBRUN, dont Napoléon fit son architrésorier et son Lieutenant-Général en Hollande. Les écrits de LEBRUN ont été publiés dans « Opinions, rapports et choix d'écrits politiques de C.-F. LEBRUN, Duc de Plaisance », à Paris, chez Bossange, 1829.

(5) *Traité de la Juridiction administrative*, 1887, T. I, p. 445.

particulier y présente suffisamment de caractères originaux pour justifier une étude séparée.

La délimitation du cadre actuel du contrôle judiciaire sera donc faite en trois chapitres :

Chapitre premier : *L'exception d'illégalité en matière pénale.*

Chapitre II : *Le contrôle de légalité dans les matières fiscales et parafiscales relevant des juridictions judiciaires.*

Chapitre III : *L'exception d'illégalité en matière civile.*

CHAPITRE PREMIER

L'EXCEPTION D'ILLEGALITE EN MATIERE PENALE

Il a fallu peu de temps aux juridictions pénales pour se dégager des rigoureuses interdictions portées par les textes révolutionnaires et affirmer leur droit de vérifier incidemment la légalité des actes administratifs contestés devant elles. Et depuis les premières manifestations de ce droit, si sa formulation a subi quelques modifications, l'essentiel a toujours été maintenu. Le principe régnant de la plénitude de juridiction du juge pénal n'est que l'expression actuelle de solutions très anciennement acquises.

Toutefois, qu'il s'agisse de la justification de la compétence judiciaire d'exception ou de son domaine exact, il serait hasardeux de soutenir que tout a été définitivement exploré et précisé et qu'aucun problème ne reste en suspens. Périodiquement, des espèces remettent en cause, tantôt le fondement du droit judiciaire, tantôt ses limites. A ces deux points de vue, origines et justifications de l'exception d'illégalité d'une part, portée de l'exception d'autre part, il ne semble pas inutile de proposer une « mise à jour » des recherches et des solutions.

SECTION I

ORIGINES ET JUSTIFICATIONS DU CONTROLE JUDICIAIRE DE LEGALITE EN MATIERE PENALE

Prompte et audacieuse, la position prise par les juridictions répressives à l'égard des questions de légalité administrative mérite

un examen approfondi. Elle surprend et arrête. Si dans l'ensemble elle recueille l'adhésion, ce n'est pas toujours pour les raisons avancées par les juges. Il convient par conséquent de bien distinguer la justification originairement invoquée par la jurisprudence et celles qui ont été ultérieurement élaborées.

**§ 1. — La justification originaire de la compétence judiciaire :
la notion d'acte administratif pénalement obligatoire.**

La première reconnaissance du droit des tribunaux répressifs d'apprécier la légalité d'un acte administratif contesté devant eux est, on le sait, du 3 août 1810 (1). Sur un pourvoi formé dans l'intérêt de la loi, la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui, suivant l'expression d'Hauriou, « du premier coup avait placé la question sur son véritable terrain » (2) décidait « que les tribunaux criminels, applicateurs de la loi seulement, ne peuvent puiser des condamnations que dans la loi, que si les tribunaux ne peuvent pas connaître des actes administratifs, ni mettre des entraves à leur exécution, ils ne peuvent aider cette exécution que par les moyens qui rentrent dans le cercle de leur autorité; qu'en matière de police municipale, et en cas d'infraction aux règlements faits par les administrateurs chargés de cette partie, les tribunaux ne peuvent punir ces infractions qu'autant que ces règlements se rattachent à l'exécution d'une loi existante et portant une peine contre les contrevenants ou qu'ils rentrent dans les objets confiés à la vigilance et à l'autorité des administrations municipales... » Et la Cour suprême de considérer comme illégaux des règlements municipaux qui prohibaient tous actes de travail et de commerce les jours de dimanche et fêtes, comme ne se rattachant à l'exécution d'aucune loi précédente en vigueur et portant sur un objet non compris dans les attributions du maire.

Cet arrêt de principe vaut beaucoup plus — et c'est pourquoi il importait de remonter jusqu'à lui — par sa portée théorique que par son incidence historique. A ce dernier point de vue, il serait plutôt décevant. Il n'est plus permis en effet d'y voir une réaction d'indépendance, même symbolique, du pouvoir judiciaire à l'égard de la toute puissance administrative du Premier Empire, lorsqu'on est obligé de constater qu'en l'espèce les juges de cassation avaient simplement transcrit dans la jurisprudence la volonté antérieurement exprimée et de la manière la plus nette par

(1) B. 1810. 98.203, et MERLIN, *Questions de droit*, 4^e éd., 1829, V^o Préfet, T. XI, p. 358.

(2) Dans sa note sous l'arrêt Septfonds au S., 1923.3.49.

Napoléon lui-même. « Il est contraire au droit divin d'empêcher l'homme qui a des besoins le dimanche comme les autres jours de la semaine de travailler le dimanche pour gagner son pain. Le Gouvernement ne pourrait imposer une telle loi que s'il donnait gratis du pain à ceux qui n'en ont pas... La police et le Gouvernement n'ont rien à voir là-dessus... » (3).

Mais s'il n'est pas absolument glorieux, l'arrêt de 1810 reste précieux. Il livre l'articulation fondamentale du raisonnement judiciaire. Quand l'autorité administrative, pour contraindre à l'exécution de ses actes, recourt à la justice pénale, celle-ci n'a plus à craindre de troubler le cours d'un autre pouvoir : on ne lui demande que d'exercer le sien. L'Administration qui est venue volontairement se placer sous le régime du droit pénal doit en subir les lois.

Après Rives et Patureau-Mirand (4), on citera ce bref discours qu'un vieil auteur prêtait à un juge : « Si je suis obligé de condamner indistinctement qui vous désobéit sous prétexte que je vous fait obstacle, il vous suffira de sortir de votre orbite pour m'entraîner hors de la mienne : votre excès de pouvoir entraînera le mien ; c'est moi qui suis dans votre dépendance et c'est vous qui empiétez. A parler exactement, ce que je juge c'est moins votre acte que ma compétence. Avec mon droit judiciaire d'apprécier, je ne sors pas de mes limites, j'y reste. » (5). Cinquante ans plus tard, Laferrière traduira mieux encore cette idée : « L'Administration, qui exerce ou fait exercer la poursuite, ne peut pas, dans ce cas, revendiquer le droit d'apprécier elle-même la légalité de son acte. Après avoir mis en mouvement la juridiction répressive, elle ne peut pas demander à la partager : elle livre au juge son acte tout entier, par cela seul qu'elle lui demande d'en assurer l'exécution. » (6).

Telle a été à l'origine la position de principe des tribunaux judiciaires et telle elle s'est maintenue à travers cent cinquante ans de jurisprudence. En ne considérant point comme préjudicielles les questions de droit administratif soulevées devant elles les juridictions répressives ont toujours eu le sentiment de ne pas heurter la règle révéree de la séparation des fonctions. Leur droit de contrôle incident, elles estiment qu'elles le tiennent de l'Adminis-

(3) Correspondance de Napoléon. Collection Mémoires du Temps passé, N.R.F., p. 134. Il faut lire toute la décision du 5 mars 1807 : on y trouve des considérations fort piquantes de l'Empereur invoquant « les Saints Pères ».

(4) Dans leurs thèses : A. RIVES, *L'exception d'illégalité en France*, 1908. L. PATUREAU-MIRAND, *L'arrêt Septfonds*, Domat-Montchrestien, Paris, 1935.

(5) HELLO, *Du régime constitutionnel*, 3^e éd., T. II, p. 143.

(6) *Traité de la Juridiction administrative*, éd. 1887, T. I, p. 581.

tration elle-même qui a choisi ou accepté de soumettre sa décision à la sanction du droit commun, qui a choisi ou accepté de donner à son acte un caractère pénalement obligatoire.

Pour extrêmement solide et généralement incontestée que soit cette argumentation, elle ne fait pas disparaître toute difficulté et deux remarques d'importance doivent être faites.

La première tient à la distinction que les tribunaux introduisent ainsi entre le caractère judiciairement obligatoire de l'acte administratif et sa légalité intrinsèque. Quand la sanction pénale est refusée pour l'exécution d'un acte administratif, c'est assez souvent sans qu'une appréciation formelle soit portée sur la légalité profonde de l'acte. Le juge ayant constaté que « l'arrêté du maire... n'est pas un règlement de police dès lors obligatoire pour les tribunaux » en déduira simplement qu'il est pas susceptible d'une protection pénale (7). La jurisprudence pénale dans ses décisions relatives au jugement de l'exception d'illégalité met beaucoup plus en évidence le mot « obligatoire » que le mot « légal ». Pour elle, les tribunaux ont essentiellement à dire s'ils reconnaissent ou non « force obligatoire » aux actes administratifs contestés devant eux. C'est cette distinction qui a déterminé en particulier le sort réservé par les juridictions judiciaires répressives aux arrêtés ayant un objet fiscal ou financier. Qu'il s'agisse d'arrêtés municipaux fixant le tarif des droits de place dans les halles, foires et marchés, et de manière générale des droits de stationnement sur la voie publique (8), qu'il s'agisse des diverses interdictions que les autorités administratives portent dans un intérêt financier (9), la solution est constante : si l'application de la loi pénale est écartée, c'est en raison du but de l'acte en cause qui ne permet pas de le tenir pour un règlement de police, pénalement sanctionné; le motif est d'ordre purement judiciaire, il ne réagit pas sur la valeur administrative de l'acte sur la légalité duquel le tribunal s'abstient de se prononcer.

Mais il est même arrivé, au moins une fois, que la juridiction judiciaire, pour parvenir en définitive à un refus d'application de la loi pénale, prenne soin néanmoins d'examiner la validité intrinsèque de l'acte et la reconnaisse. C'est la solution de l'arrêt Daro-

(7) Crim., 23 mai 1846. Voiry, D.P., 1846.4.442.

(8) Notamment Crim., 22 mars 1883. Bareton, D. 1884.I.47. Crim., 19 janvier 1906. Chambon, B. 42.62. Crim., 23 juillet 1927. Despujol, S. 1929.I.318.

(9) Crim., 29 octobre 1898. Bazin et autres, D. 1898.I.26. Crim., 18 janvier 1906. Maury, B. 39.59. Crim., 22 février 1924. Michelin et Cie, B. 90. Crim., 11 juillet 1928, ép. Sarges, B. 206.

nat (10), qui est assez connu, et dans lequel, avant de rappeler que les arrêtés ayant un objet financier ou fiscal échappent aux prévisions de l'article 471, 15° du Code pénal, la Chambre criminelle tient à démontrer que l'arrêté préfectoral en cause, fixant les rémunérations à percevoir à l'occasion de services d'ordre rétribués, est légal, alors que le juge de simple police avait décidé le contraire. C'est probablement cette dernière circonstance qui explique que la Cour suprême ait cru devoir se départir de sa réserve habituelle sur le jugement de légalité à l'égard de cette catégorie d'actes. L'appréciation portée par le juge du fond sur la valeur administrative d'un acte administratif, en risquant de nuire gravement à de nouvelles et différentes applications de ce texte, obligeait moralement les juges de cassation à rectifier l'erreur du juge de police.

Ainsi, interprétée strictement, la notion d'acte administratif pénalement obligatoire ne justifierait la compétence judiciaire d'appréciation de légalité que si l'acte en cause a été préalablement reconnu susceptible d'être imposé sous les sanctions de la loi pénale.

La restriction est déjà notable, mais ce n'est pas la seule qui découle de la théorie fondée sur l'arrêt de 1810. Pour les interprètes de cet arrêt et de ceux qui l'ont suivi, il est un argument déterminant : le caractère volontaire du recours de l'Administration à la juridiction pénale. Si ce caractère volontaire fait défaut, si l'exception est soulevée à l'égard d'un acte que l'Administration n'entendait pas faire exécuter sous le contrôle du juge pénal, la compétence judiciaire devient très contestable à s'en tenir au moins aux thèses originairement retenues par les juges et les commentateurs que nous avons cités. Dans cette perspective, l'exception d'illégalité ne pourrait être jugée recevable que pour les actes administratifs, bases des poursuites : elle ne pourrait s'appliquer aux actes administratifs invoqués par le prévenu comme élément justificatif, et, plus généralement, comme moyen de défense.

Il faut donc constater que la justification originaire du contrôle judiciaire de légalité en matière pénale, par les restrictions importantes qu'elle implique, se concilie mal de nos jours avec le principe régnant de « la plénitude de juridiction du juge pénal », tel qu'il résulte par exemple de l'arrêt de principe du Tribunal des Conflits, *Avranche et Desmarets* (11). Il convient par conséquent de rechercher quelles autres justifications pourraient être soute-

(10) J.C.P., 1951.II.6073. R.D.P., 1951, p. 478, note Waline. S. 1952.I.81, note Hugueney.

(11) G.P., 1951.2.136. J.C.P., 1951.II.6623. D., 1952.J.271. S., 1952.3.1.

nues et de distinguer parmi elles la seule qui soit pleinement satisfaisante.

§ 2. — Les justifications complémentaires de la compétence judiciaire d'exception en matière pénale.

On peut dire que pendant près d'un siècle, la jurisprudence ne s'est pratiquement pas préoccupée de l'étendue de sa compétence d'appréciation de la légalité administrative en matière pénale. Le caractère définitif et incontesté qu'a revêtu très rapidement ce droit judiciaire a longtemps détourné les juges du souci de vérifier le fondement et les limites de leurs pouvoirs.

C'est seulement en 1907 que, pour la première fois semble-t-il, la Chambre criminelle estimait devoir préciser, dans une décision de principe, que le droit de contrôle de l'autorité judiciaire « en matière criminelle », s'étendait non seulement « aux éléments caractéristiques des infractions pénales », mais aussi aux « circonstances où la loi déclare le fait excusable et les faits justificatifs » (12). Mais l'arrêt se borne à faire état d'un « principe général » et s'abstient de prendre parti sur les raisons qui justifient une conception aussi large de l'exception d'illégalité.

Par la suite, il est certes arrivé qu'une juridiction répressive se prévale de quelque principe connu pour confirmer le droit et même le devoir du juge d'apprécier la légalité d'un acte administratif, mais la jurisprudence est à cet égard extrêmement dispersée et il est impossible de faire état d'une véritable évolution des idées. Une observation du même ordre pourrait être faite en ce qui concerne la doctrine, insuffisamment fournie pour être systématisée. Il est seulement possible de ramener à quatre ordres de considérations bien distinctes, les principales argumentations avancées ici ou là par les juges ou par les auteurs. Il s'agit d'abord de l'axiome procédural, le juge de l'action est le juge de l'exception. Il s'agit ensuite de l'argument tiré de la nature juridique de l'acte susceptible d'examen, le règlement administratif étant assimilé à la loi. Il s'agit en troisième lieu des invitations légales, générales ou spéciales, au contrôle d'exception. Il s'agit enfin des exigences propres du droit pénal découlant du principe de la légalité des délits et des peines.

(12) Crim., 23 mars 1907, Paroty c/Bouveret, S., 1911.I.483, D.P., 1908.I.352.

A. — LA JUSTIFICATION TIRÉE DU PRINCIPE
SUIVANT LEQUEL LE JUGE DE L'ACTION EST LE JUGE DE L'EXCEPTION.

C'est en fait la justification la plus rarement soutenue et c'est en droit la plus insoutenable. S'il est bien exact que l'axiome existe et qu'il a de nombreuses applications tant en droit civil qu'en droit pénal, il est non moins sûr qu'il doit s'effacer devant un texte légal contraire. C'est ainsi qu'en matière pénale, l'article 327 du Code civil interdit au juge du délit de suppression d'état de connaître de l'exception sur la question d'état. Dans notre matière, les textes formels qui soustraient à la juridiction judiciaire la connaissance des actes administratifs ne peuvent être interprétés que comme une interdiction spéciale prévalant sur un axiome de procédure d'un contenu imprécis.

M. le Doyen Vedel, dans sa très importante chronique « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein » (13), avait certes marqué son intérêt pour cet argument tiré « de la logique juridictionnelle ». Il n'a pu cependant l'adopter pour cette raison déterminante qu'en le retenant on serait normalement conduit à faire échec en toutes hypothèses au principe de la séparation des fonctions.

La jurisprudence ne s'est d'autre part qu'isolément référée à ce principe procédural : la Cour de cassation pour sa part ne paraît l'avoir invoqué que deux fois, en 1937 et en 1951 (14).

L'exception d'illégalité ne saurait donc trouver aucun appui sur un argument qui n'a pas plus de valeur théorique qu'il n'a eu d'influence effective sur l'élaboration et le maintien des positions jurisprudentielles.

B. — LA JUSTIFICATION TIRÉE DE L'ASSIMILATION MATÉRIELLE
DU RÈGLEMENT ADMINISTRATIF ET DE LA LOI.

Nous ne croyons pas avoir à aborder ici le problème des rapports de la loi et du règlement envisagés du point de vue de leur nature respective. Il faudrait reprendre un débat qui n'est certes pas épuisé et confronter en particulier d'une part la théorie allemande classique, qui, ramenant l'objet du règlement administratif à la réglementation interne des services publics, s'oppose par là même à toute idée d'équivalence entre les deux sources de droit (15) et d'autre part l'école normativiste de Kelsen qui, affir-

(13) J.C.P., 1948, D. 682.

(14) Crim., 26 février 1937. Mironneau, B. p. 68, S. 1939.I.33. Crim., 26 avril 1951, Reibel, D. 1951.J.561.

(15) Voir DE LAUBADÈRE, *Traité*, p. 182.

mant que tous les éléments de l'ordre juridique, individuels ou généraux, sont normatifs, permet une étroite assimilation de la loi et de tous les actes administratifs quelque soit leur portée (16). Il faudrait aussi tenir compte des données nouvelles de la Constitution Française de 1958 qui, en modifiant profondément le principe de la délimitation de la loi et du règlement, oblige à reconsidérer en théorie au moins, la question de l'assimilation matérielle de la loi et du règlement.

Nous avons seulement en effet à rechercher si l'assimilation invoquée, à la supposer fondée, pourrait ou non justifier le contrôle judiciaire sur les actes administratifs.

L'affirmative a été soutenue assez longtemps et c'est Hauriou qui en a donné la meilleure expression : « ...un règlement administratif, une fois établi, fait partie de la légalité, de quelque façon que son incorporation à la loi soit expliquée juridiquement, et dès lors, tout juge chargé d'appliquer la légalité puise dans sa fonction même le devoir d'établir d'abord clairement celle-ci, et par conséquent, de régler les conflits qui peuvent exister entre ses divers éléments, c'est-à-dire entre la loi et les règlements qui sont l'application de la loi. » (17).

Quelle est la valeur de cette idée qu'Hauriou cherchait déjà à dépasser en 1923, tout en déclarant qu'il ne renonçait pas « au principal argument de la doctrine » ? En réalité, Hauriou l'utilise pour justifier deux droits judiciaires très différents, d'une part le droit d'apprécier la légalité d'un acte administratif et d'autre part le droit d'en interpréter et d'en préciser le sens. A ce dernier point de vue, l'argument de l'assimilation porte et c'est à juste titre que l'arrêt Septfonds l'a retenu. Mais ce n'est pas le point de vue qui nous occupe ici. Seule nous intéresse la justification du contrôle de légalité. Dans la perspective de cette seule recherche, l'illogisme de l'argument frappe tout de suite : si le règlement doit être traité comme la loi, ce n'est pas sa soumission au contrôle judiciaire qui en résultera, mais au contraire sa distraction de tout contrôle juridictionnel.

Laferrière l'avait très tôt relevé. Du caractère général des dispositions réglementaires, de ce qu'elles tirent normalement leur origine de la loi, « il ne s'ensuit pas qu'elles soient d'essence législative. » « Si ces actes, poursuit Laferrière, étaient de nature législative, le Conseil d'Etat devrait déclarer de tels recours (contre eux) non recevables, puisque sa juridiction ne saurait s'exercer que

(16) Voir EISENMANN, *Doct.*, 54-55, p. 147 et suiv.

(17) Note sous Septfonds au S., 1923.349.

sur des actes ayant un caractère administratif. » (18). Cette observation de simple bon sens fut reprise par Appleton : « Si le règlement doit être considéré comme une loi, les tribunaux ne peuvent en proclamer l'illégalité et refuser de l'appliquer; ce serait violer le principe de la séparation des pouvoirs. » (19). En faisant sienne cette dernière formule dans son rapport sur l'arrêt Septfonds, le conseiller Matter avait parfaitement marqué que l'argument de l'assimilation du règlement à la loi n'avait aucune valeur au regard du contrôle de légalité.

C'est bien ce que les tribunaux paraissent avoir eux-mêmes considéré à partir de l'arrêt Septfonds; les décisions qui ont fait allusion à l'argument sont extrêmement rares à partir de 1923.

C. — LES INVITATIONS LÉGISLATIVES.

C'est peu après les premières manifestations de la compétence judiciaire d'exception que parurent deux textes législatifs, expressément favorables à l'exception d'illégalité et qui auraient pu rendre sans objet toute nouvelle tentative de justification du droit judiciaire. C'est surtout le premier de ces deux textes, l'ordonnance du 1^{er} juin 1828, qui pouvait apparaître comme une invitation du législateur à tenir pour solidement et définitivement acquise la compétence judiciaire pour statuer sur l'exception d'illégalité administrative en matière pénale. Les articles 1 et 2 de l'ordonnance de 1828 ont en effet posé des principes qui sont toujours en vigueur pour le règlement des conflits entre les juridictions judiciaires et la juridiction administrative. L'article premier interdit de manière absolue la procédure de conflit en matière criminelle et l'article 2 en limite l'application, en matière correctionnelle : « 1^o lorsque la répression du délit est attribuée par une disposition législative à une autorité administrative; 2^o lorsque le jugement à rendre par le tribunal dépendra d'une question préjudicielle dont la connaissance appartiendra à l'autorité administrative en vertu d'une disposition législative. »

Compte tenu des intentions du législateur qui entendait réagir par cette ordonnance contre les revendications abusives des agents de l'exécutif (20), il eût été parfaitement admissible que l'article 2 soit interprété dans son sens le plus large : la loi ne reconnaît devant les tribunaux répressifs d'autres questions préjudicielles que celles spécialement prévues par un texte législatif. Assez long-

(18) *Op. cit.*, p. 433 et suiv.

(19) D.P., 1921.I.49.

(20) PELLETIER, *op. cit.*, p. 22 et suiv.

temps d'ailleurs, la doctrine enseigna qu'en vertu de l'ordonnance de 1828, « la question d'interprétation ou de légalité (d'un acte administratif) ne saurait donc constituer une question préjudicielle dans le sens de l'article 2 § 2 de l'ordonnance » (21). Retenir seulement l'interprétation restrictive du texte en assimilant la prohibition générale édictée par les textes révolutionnaires à une disposition législative particulière, ce n'était pas seulement dénaturer le texte, mais c'était aussi lui ôter toute espèce de valeur pratique.

C'est pourtant ce à quoi la jurisprudence s'est en fait résolu en face de l'ordonnance de 1828, à laquelle, en matière d'exception d'illégalité, elle ne s'est jamais référée. Ce silence est sans doute la cause d'un revirement de la doctrine : celle de droit pénal, en tous cas, avec Garraud (22), a finalement soutenu que l'interdiction de conflit maintenait les questions préjudicielles et n'avait d'autre effet que de priver l'Administration de sanctions à l'égard des tribunaux judiciaires.

Une fortune toute différente attendait le § 15 de l'article 471 du Code pénal (délégalisé maintenant en R 26, 15°). Ajouté au Code pénal par la loi du 28 avril 1832, ce mince alinéa devait rapidement devenir le texte angulaire en la matière. Or, précisément, cet article 471, 15° alinéa du Code pénal, n'apportait rien ou à peu près. Dans l'esprit de ses auteurs, il s'agissait seulement de réunir en une seule disposition des textes épars assurant la répression pénale « d'ordonnances, règlements et arrêtés émanés de l'autorité administrative ». Le fait que le nouvel article précisait qu'étaient ainsi punissables les contraventions « aux règlements légalement faits par l'autorité administrative » et « aux règlements ou arrêtés publiés par l'autorité municipale » ne fut pas relevé par une jurisprudence déjà fixée lorsqu'intervint la loi de 1832. Achille Mestre a noté à ce sujet : « Ce silence des travaux préparatoires au sujet d'un texte que nous regardons aujourd'hui comme fondamental est significatif : il montre à quel point les solutions de la jurisprudence étaient à ce moment incontestées. » (23).

Par ailleurs, il paraît essentiel de relever que l'article 471, 15° alinéa du Code pénal, ne gouverne que la matière des infractions de police contraventionnelle. Si par conséquent, comme certains auteurs l'ont écrit, le « fondement juridique de l'exception d'illégalité est dans la rédaction même de l'article 471, 15° du Code pénal », il faudrait exclure la recevabilité de cette exception

(21) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, p. 581.

(22) *Précis de Droit criminel*, 1934, p. 772.

(23) *Recherches sur l'exception d'illégalité*, in *Mélanges Hauriou*, p. 567 et suiv.

en matière délictuelle et criminelle. Si l'on ajoute enfin que ce fameux article, visant exclusivement les règlements enfreints par le contrevenant, ne peut en aucune façon autoriser l'appréciation de légalité des règlements invoqués comme moyens de défense, on mesure combien est fragile et insuffisante cette justification du contrôle judiciaire trop souvent avancée sans vérification sérieuse.

Il existe certes d'autres textes législatifs de caractère pénal qui, en prévoyant des incriminations découlant de la violation ou de la méconnaissance d'actes administratifs prennent soin de limiter la protection de la loi pénale aux mesures « légales » ou « légalement ordonnées ». Ainsi, l'article 197 du Code pénal qui punit de peines correctionnelles le fonctionnaire « révoqué, destitué, suspendu ou interdit légalement » qui continue d'exercer ses fonctions. Ainsi l'article 35 de la loi du 9 décembre 1905 qui punit également de peines correctionnelles les ministres du culte qui auront par discours ou écrit, provoqué à la résistance contre les lois ou les « actes légaux de l'autorité publique ». Ainsi encore, la loi du 11 juillet 1938, article 31, § 1^o, d'une application plus courante qui érige en délit le refus de déférer aux mesures de réquisition « légalement ordonnées ». Mais de ce que, en matière correctionnelle, quelques textes particuliers obligent les juges de la peine à vérifier la légalité des actes administratifs enfreints ou contestés, il ne peut être logiquement tiré un principe général. Si celui-ci existe, s'il a pu même inspirer le législateur, il faut en trouver la justification dans des exigences juridiques supérieures, opposables même à l'auteur de la loi.

D. — LES EXIGENCES ESSENTIELLES DU DROIT PÉNAL.

Que reste-t-il en définitive pour justifier l'exception d'illégalité en matière pénale dont ce n'est pas l'un des moindres paradoxes que jamais sérieusement discutée, elle puisse encore apparaître comme incomplètement fondée ?

A notre sens, c'est la notion originellement dégagée par la jurisprudence, d'acte administratif pénalement obligatoire, qui doit nous montrer le chemin. La justification profonde du contrôle judiciaire doit être trouvée à l'intérieur même du droit pénal, de ce droit dont la loi fondamentale est le principe de la légalité des délits et des peines. Tous les éléments d'une infraction doivent être légalement prévus et le premier devoir du juge répressif est de vérifier non seulement si tous les éléments sont réunis, mais si chacun d'eux est conforme aux exigences préétablies par la loi.

Sans doute a-t-on fait observer, M. Pelletier notamment (24), que la règle posée par l'article 4 du Code pénal n'impliquerait pas nécessairement que le même juge statue sur tous les éléments de l'infraction et sur toutes les conditions de la répression. Ce ne serait pas soustraire un acte administratif à tout contrôle juridictionnel que d'en faire vérifier la légalité par le juge administratif, délégué à cette mission par le juge répressif. Mais ce serait abusivement diviser le travail, prolonger l'incertitude du justiciable et surtout, comme le souligne M. Pelletier, amoindrir le débat pénal qui ne peut être arbitrairement amputé par l'appréciation séparée et *in abstracto* du point de droit administratif.

A la différence de la plupart des autres juridictions, la juridiction pénale n'a pas pour mission de résoudre un problème de droit plus ou moins complexe, mais bien de déclarer une culpabilité ou une non-culpabilité, c'est-à-dire de juger un individu déterminé. Que cette appréciation doive être conduite suivant des règles de droit strictes, que souvent elle soulève d'épineuses questions juridiques et oblige à les résoudre, que parfois même elle se réduise à trancher un litige de pur droit, ne change rien à l'originalité profonde de la juridiction répressive. Devant elle, le fait et le droit restent toujours intimement liés et leur examen ne peut être partagé. Et pas davantage, dans cette appréciation globale d'un comportement individuel, on ne saurait dissocier et traiter différemment l'acte administratif invoqué par ses auteurs et l'acte administratif invoqué par ses sujets.

Ainsi la théorie de l'acte administratif pénalement obligatoire doit être élargie jusqu'à la théorie de l'acte administratif, condition d'application de la loi pénale. Tout acte administratif, quelle que soit la partie qui l'invoque, qui, dans une instance pénale, est susceptible de faire déclarer une culpabilité ou une non-culpabilité, peut faire l'objet d'un jugement de légalité par le tribunal saisi.

Bien qu'elle soit ainsi très largement définie, la compétence judiciaire comporte dans son principe même une restriction qui mérite d'être soulignée. Un acte administratif ne peut être soumis au contrôle judiciaire de légalité par le seul fait qu'une partie à l'instance pénale l'aura invoqué. Il faut encore que de l'appréciation de cet acte dépende la condamnation ou l'absolution du prévenu. Il appartient donc à la juridiction devant laquelle l'exception est soulevée de s'assurer préalablement que l'existence et le contenu de l'acte invoqué ont une incidence sur la sentence deman-

(24) Thèse, p. 58.

déc. Si la validité de l'acte est indifférente pour l'application de la loi pénale, le contrôle judiciaire perd sa justification et le juge doit s'abstenir d'y procéder.

La distinction, évidente en théorie, entre l'effet direct et l'effet indirect de l'acte administratif sur l'action pénale n'est pas toujours aisée à faire. La Chambre criminelle a récemment refusé d'apprécier la légalité d'un décret individuel d'amnistie et le Conseil d'Etat s'est au contraire reconnu compétent pour y procéder (25). Selon le commentateur du second arrêt, M. Debbasch, cette décision doit être approuvée car « l'effet du décret individuel d'amnistie sur l'action de la justice criminelle n'est qu'indirect : il n'atteint pas cette action elle-même, mais sa cause, en effaçant le fait délictueux ». L'amnistie nous paraît cependant difficilement séparable de l'action publique qu'elle anéantit. D'autre part, cette solution conduit à instaurer encore une nouvelle répartition des compétences. En effet, lorsque l'amnistie dérive directement de la loi, le contentieux de son application est bien purement et spécifiquement judiciaire (art. 769 et 778 du Code de Procédure pénale). Est-il souhaitable que le contentieux devienne au moins mixte, sinon totalement administratif, lorsque la même loi a voulu pour certains cas individualiser ses effets par voie de décrets ?

La généralisation de la compétence judiciaire d'appréciation exceptionnelle de la légalité administrative est, en définitive, de bonne et saine politique juridictionnelle, même si elle ne parvient pas à éliminer toute possibilité de contrariétés de décision.

Le jugement judiciaire sur la légalité administrative ne prive pas en effet l'administration de ses voies d'action autonomes : l'acte n'est jugé qu'au regard d'un individu déterminé et l'appréciation portée ne vaut que pour l'application de la loi pénale. Surtout pour les actes réglementaires, susceptibles d'un grand nombre d'applications individuelles, les hypothèses d'incidents contentieux sont multiples. La juridiction administrative peut être ainsi conduite à juger le même point de légalité que la juridiction judiciaire et à le juger différemment. Bien que théoriquement admissible, ce résultat est moins que satisfaisant. L'unicité du droit reste le bien suprême des juristes et il est toujours profondément regrettable qu'il puisse y être fait échec.

Il convient toutefois à ce point de vue de présenter deux observations qui atténuent la portée réelle de cet inconvénient. La première, c'est qu'un recours ultérieur devant la juridiction adminis-

(25) C.E., 22 novembre 1963, Ass. Delmas de Polignac, Pommery et Gautier-Pommery, D. 1964.J.161, note Debbasch.

trative peut définitivement mettre un terme aux disparités de jurisprudence. Le juge de l'excès de pouvoir qui n'est lié, ni par la décision judiciaire sur l'exception d'illégalité, ni par une précédente décision de la juridiction administrative qui aurait rejeté le moyen d'annulation, donne à sa décision une valeur absolue dès lors qu'il prononce l'annulation de l'acte. En ce cas, toutes autres juridictions saisies ultérieurement, judiciaires ou administratives, doivent obligatoirement adopter la même solution. Si même la sentence de la juridiction administrative est rendue avant que la décision judiciaire soit devenue définitive, en appel comme en cassation, le moyen tiré de l'annulation de l'acte administratif permettra d'infirmer ou d'annuler le jugement fondé sur la validité de l'acte (26).

Mais il faut prendre garde aux hypothèses dans lesquelles la décision ultérieure de la juridiction administrative, reconnaissant la légalité de l'acte, n'interdit pas en principe au juge judiciaire de se prononcer en sens contraire. C'est ici qu'une deuxième observation doit être faite. Elle tient à la psychologie des juges. Ceux-ci ont pleinement conscience du caractère exceptionnel de leur juridiction sur les actes administratifs. Même si leurs réactions sont très variables suivant la nature des droits en cause, comme nous aurons l'occasion de le constater, les magistrats de l'ordre judiciaire ne se sentent jamais parfaitement à l'aise dans l'appréciation de la légalité administrative. On peut donc être assuré que l'intervention d'une décision de la juridiction administrative, antérieure à l'exception soulevée devant la juridiction répressive ne peut qu'accroître leur gêne et les pousser à cette généralisation de l'effet positif de la chose jugée, en dehors des cas limitativement imposés par la loi, tendance qui a été particulièrement mise en lumière par M. Durand (27).

SECTION II

PORTÉE ACTUELLE DE L'EXCEPTION D'ILLEGALITÉ EN MATIÈRE PÉNALE

Si anciennement, et aussi nous venons de le vérifier, si solidement reconnu qu'il soit, le principe de la pleine recevabilité de l'exception d'illégalité administrative en matière pénale n'est cepen-

(26) Crim., 8 avril 1933, Mallaret, D.H., 1933.302.

(27) C. DURAND, *Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire*, L.G.D.J., 1956, p. 295 et suiv.

dant pas absolu et général. D'une part, il est bien évident que la loi peut toujours décider spécialement qu'il ne s'appliquera pas. D'autre part, la question s'est posée — et reste posée — de savoir si les actes individuels doivent suivre devant la juridiction pénale, le même sort que les actes réglementaires. Enfin l'apparition de la catégorie nouvelle des règlements autonomes et la délégalisation concomitante de toute la matière des contraventions soulèvent le problème de la recevabilité de l'exception d'illégalité à l'égard d'une norme dont la nature est encore discutée.

§ 1. — Les limitations établies par la loi.

Dès 1828, nous l'avons déjà signalé, le législateur avait expressément prévu la possibilité de réserver à l'autorité administrative la connaissance exclusive d'une question préjudicielle. L'article premier de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 réserve en matière correctionnelle le recours à la procédure de conflit, lorsque la répression elle-même relève de l'autorité administrative et lorsque cette même autorité s'est vue attribuer par disposition législative spéciale la connaissance d'une question préjudicielle.

De telles dispositions législatives peuvent être de deux ordres. Il peut s'agir d'une part de textes concernant une matière administrative donnée, mais il peut s'agir aussi du texte particulier qui définit et réprime une infraction pénale.

Dans ce dernier cas, c'est l'un des éléments constitutifs de l'infraction qui implique nécessairement une appréciation souveraine et préalable de l'Administration. Le cas est nécessairement rare puisque, nous venons de le voir, il est de l'essence même de l'examen fait par le juge pénal des divers constituants de l'infraction d'être total. On peut trouver néanmoins quelques exemples de ce contrôle réduit du juge pénal à l'égard d'un élément administratif de l'infraction. Le délit de dénonciation calomnieuse en fournit un. En vertu du principe découlant de l'article 373 du Code pénal et suivant lequel l'autorité compétente pour constater la fausseté des faits dénoncés est celle qui aurait eu le droit de les sanctionner s'ils avaient été vrais, les autorités administratives qui auraient eu cette compétence se trouvent par là investies dans leur appréciation du caractère calomnieux de la dénonciation d'un pouvoir qui échappe à l'examen du juge répressif. Toutefois, même dans ce cas, le tribunal saisi de la dénonciation calomnieuse pourrait avoir à vérifier si la décision prise entrait bien dans la compétence du fonctionnaire dont elle émane (28), en sorte qu'il y aurait par-

(28) Crim., 29 décembre 1948, Déville, B. 304.458.

tage de la compétence d'appréciation de la légalité de l'acte administratif en cause.

Mais on peut trouver dans la jurisprudence des exemples d'un refus absolu de vérifier la légalité d'un acte administratif, élément d'une infraction. Ainsi, en matière de poursuite contre les comptables publics (articles 169 et suiv. du Code pénal), la constitution de debet, acte essentiellement administratif qui doit intervenir avant le jugement du comptable, a été considéré comme insusceptible de tout contrôle judiciaire (29). Il est permis de penser que dans ce cas le refus judiciaire provient du fait de l'existence de voies de recours spéciales, la régularité de la constitution de debet étant souverainement appréciée par la Cour des comptes.

Quant aux textes qui ordonnent le renvoi obligatoire de la question préjudicielle à la juridiction administrative, ils sont également fort peu nombreux. On peut donner l'exemple du décret-loi du 28 décembre 1926 (art. 1^{er}, 2^e alinéa). Ce texte qui ne paraît pas avoir été abrogé par l'actuel Code de la Route (30) et qui a, en principe, pour objet d'unifier les compétences au profit des tribunaux judiciaires, prévoit toutefois que des mêmes tribunaux « devront surseoir à statuer et renvoyer à l'examen de la juridiction administrative les questions préjudicielles d'ordre administratif et notamment en ce qui concerne les limites, la largeur, la consistance et les dépendances des voies publiques, la détermination de la catégorie dans laquelle elles doivent être rangées, l'objet et la portée des autorisations et concessions accordées, le caractère monumental des perspectives et des sites visés par l'article 118 de la loi du 13 juillet 1911 dans les villes où cet article reçoit son application ».

§ 2. — Le sort des actes administratifs individuels.

La formule de l'arrêt de principe du Tribunal des Conflits de 1951, déjà évoqué, comporte une restriction importante : « ...l'appréciation de la légalité des actes administratifs non réglementaires (n'est pas permise), cette appréciation étant, sauf le cas de prescription législative contraire, réservée à la juridiction administrative; en vertu de la séparation des pouvoirs ». Ainsi, d'après le Tribunal des Conflits, une discrimination en voie de disparition dans le domaine de l'exception d'illégalité doit renaître et la présomption de compétence judiciaire doit être renversée en ce qui concer-

(29) C.A., Douai, 5 janvier 1950, Flament D. 1950.J.182 ; S. 1950.2.126.

(30) L'ord. du 15-12-1958 n'abroge explicitement que l'article 7 de ce décret-loi.

ne les actes individuels : les juges répressifs ne peuvent contrôler la validité des actes administratifs individuels que si un texte de loi les y autorise expressément.

L'arrêt Avranches et Desmaret établit cette distinction « en vertu de la séparation des pouvoirs », motivation sans doute un peu sibylline, mais qui a le mérite de ne décourager aucune exégèse. Aussi sommes-nous invités à rappeler sur une vieille distinction les positions de la Jurisprudence et les argumentations de la Doctrine.

A. — LA JURISPRUDENCE ANTÉRIEURE A 1951.

On peut dire que dans l'ensemble (31) cette jurisprudence rejetait la distinction des actes individuels et des actes réglementaires au regard de l'exception d'illégalité. En de très nombreuses espèces, la Chambre criminelle a examiné la validité d'actes individuels, que ce soit pour en reconnaître la régularité ou pour en dénoncer l'illégalité.

Ainsi est-il fait échec à l'arrêté d'un maire qui interdit à une société de musique de jouer sur les places de la commune (32). Ainsi encore, et à plusieurs reprises, est relevé et condamné le détournement de pouvoir commis par le maire qui, soit retire une autorisation individuelle de travaux à un entrepreneur pour soustraire la ville aux conséquences pécuniaires d'un procès (33), soit subordonne cette autorisation au règlement préalable d'un litige antérieur (34). L'arrêt de principe Paroty c/Bouveret, déjà cité, décidait dans le cas d'espèce que devait être examinée la validité d'un arrêté préfectoral autorisant un lieutenant de louveterie à effectuer des battues.

Quand il arrive que les actes individuels contestés sont reconnus légaux, leur validité n'en est pas moins préalablement vérifiée avec soin. Tels ces « arrêtés individuels » — c'est la Cour de cassation qui les qualifie elle-même ainsi — pris par le Préfet de Saône-et-Loire pour rejeter des déclarations individuelles d'organisation de services de transports (35). La Cour suprême ne se montre pas moins exigeante pour les actes individuels que pour les actes régle-

(31) Le Recueil Dalloz, éd. de 1848, T. X, V^o Compétence administrative, nos 171 et suiv., cite bien quelques décisions judiciaires de sufsis à statuer sur la légalité d'actes individuels, mais le faux principe qu'il en induit — il y a lieu de surseoir à statuer chaque fois que l'exception préjudicielle est de la compétence administrative — enlève beaucoup d'autorité à cette référence.

(32) Crim., 19 février 1887, Bourgeois et autres, B. 70.102.

(33) Crim., 3 août 1893, D.P., 94.I.197, Raoul Jay et Crim., 25 octobre 1900, Goret, D.P., 1901.I.206.

(34) Crim., 16 avril 1935, Becker, D.H., 1935.319.

(35) Crim., 29 novembre 1935, Nicoles, G.P., 1935.2.906, B. p. 223.

mentaires. N'échappe pas à sa censure la décision du général commandant la 6^e armée imposant la fermeture d'un débit de boissons à Valence en octobre 1939. Si en effet l'autorité militaire se trouve, du fait de l'état de siège, légalement substituée à l'autorité civile, elle ne peut se prévaloir dans ce cadre de plus de pouvoirs que l'autorité normalement compétente et si pour justifier sa décision l'autorité militaire invoque les pouvoirs exceptionnels qu'elle tient de la loi du 9 août 1849, la Chambre criminelle lui répond alors que de tels pouvoirs ne sont pas protégés par l'article 471, 15^o du Code pénal (36).

Enfin lorsque exceptionnellement la Cour de cassation reproche aux tribunaux inférieurs de s'être mêlés de juger des actes administratifs individuels, ce n'est jamais en vertu d'un principe préposé, mais seulement en raison de circonstances propres à l'espèce. La plus fréquente procède de ce que l'examen d'un acte individuel risque facilement d'entraîner au contrôle de son interprétation, contrôle que les tribunaux judiciaires réservent sans partage aux tribunaux administratifs (37). La Chambre criminelle tient à laisser à l'Administration la responsabilité exclusive de l'application d'un acte administratif dont la légalité intrinsèque n'est pas en cause (38).

A cette jurisprudence cohérente et continue, quels arguments le Tribunal des Conflits pouvait-il opposer ?

B. — L'ASPECT DOCTRINAL

DE LA DIFFÉRENCIATION DES ACTES INDIVIDUELS ET RÉGLEMENTAIRES DEVANT LE JUGE PÉNAL.

Pour justifier l'inégalité de traitement des actes administratifs devant les tribunaux répressifs suivant que leur portée est générale ou individuelle, trois arguments bien différents ont été proposés.

En premier lieu, Mestre et Lacroix (39) ont fait valoir que la reconnaissance de l'illégalité d'un acte individuel, dont l'effet s'épuise en principe en une seule fois, gêne beaucoup plus directement l'Administration que la déclaration d'invalidité d'un règlement qui pourra, nonobstant le jugement répressif, être toujours appliqué à tous ceux qui n'auront pas soulevé l'exception.

L'argument est d'abord choquant. N'admettrait-on le contrôle judiciaire qu'au bénéfice de son inefficacité supposée ? Mais il est surtout vicié par la méconnaissance qu'il implique de l'existence,

(36) Crim., 23 juillet 1941, Mazioux, G.P., 1941.2.234.

(37) Crim., 29 mai 1937, G.P., 1937.2.449, D.H., 1937.380.

(38) Crim., 6 janvier 1853, Filatre, B. 1.1.

(39) MESTRE, *op. cit.*, p. 581 et LACROIX, thèse, Nancy, 1931.

au profit de l'Administration, pour la plupart de ses actes, de deux modes bien distincts d'exécution : la voie pénale et l'exécution d'office. Certes le refus du concours du juge pénal à l'exécution de l'acte administratif constitue un obstacle sérieux à l'intervention ultérieure de l'exécution forcée, laquelle suppose en bonne règle, soit qu'il n'y ait pas de recours possible au juge pénal, soit que celui-ci ait effectivement prononcé condamnation (40). Mais il faut d'une part rappeler que tout refus de sanction pénale ne s'analyse pas nécessairement en constatation d'illégalité (voir plus haut, pages 12 et 13) et d'autre part observer que ce même refus de sanction pénale ne ferait pas obstacle à l'exécution forcée si, ultérieurement, la juridiction administrative venait à reconnaître, contrairement à la juridiction judiciaire, la légalité de l'acte contestée. Si elle est certaine de son bon droit, l'Administration, plus souvent que le simple particulier, pourra le faire triompher et si au contraire il est confirmé qu'elle a violé la légalité, il est particulièrement opportun que son action ait été paralysée dès la première tentative de mise à exécution.

Pour retirer au contrôle judiciaire de légalité le domaine des actes individuels, un second argument a été avancé : il se rattache à l'idée suivant laquelle l'exception d'illégalité n'a été jugée recevable devant les tribunaux judiciaires que parce que le règlement administratif peut être assimilé à la loi. Il en résulte que tout acte de l'administration qui n'a pas ce caractère d'acte réglementaire échappe au domaine judiciaire de l'exception d'illégalité administrative. Mais, en passant précédemment en revue (voir plus haut, p. 15) les fondements théoriques proposés pour la justification du contrôle judiciaire, nous avons rejeté l'argument de l'assimilation du règlement à la loi, puisqu'au lieu de conduire à la soumission du règlement au juge, il l'y ferait au contraire échapper. Inopérante pour justifier le contrôle de légalité du juge pénal, cette assimilation est dès lors sans valeur pour commander une distinction, au regard de l'exception d'illégalité, entre actes individuels et actes réglementaires.

Le troisième argument est en définitive le seul qui ait quelque poids. Il consiste à faire observer que l'appréciation d'un acte individuel exige une connaissance plus approfondie du droit administratif que celle qui est nécessaire pour l'examen des actes réglementaires. C'est M. Auby qui, sans la faire sienne, avance cette justification dans sa pénétrante étude de l'arrêt Avranches et Desma-

(40) DE LAUBADÈRE, *Tr. Elém.*, p. 174. J. RIVERO, *Droit Adm.*, p. 83. G. VEDÉL, *Droit Adm.*, p. 162.

rets (41). Le commentateur pense en effet que « le principe (retenu par l'arrêt) se fonde essentiellement sur les nécessités logiques de la répartition des compétences, sur l'intérêt de réserver au juge spécialisé dans l'application du droit public la connaissance des actes inhérents à ce droit ». Dans une chronique publiée peu après (42), M. Donnedieu de Vabres reprend l'argumentation : « Les diverses raisons (d'attribuer une fragilité plus grande devant les tribunaux judiciaires aux actes réglementaires) se fondent sur la spécialisation professionnelle des magistrats de l'ordre judiciaire, non sur l'autorité propre des actes administratifs : elles écartent le principe de la séparation des pouvoirs dans sa rigueur classique au nom d'une efficace division du travail entre les divers ordres juridictionnels. »

Sans doute est-il bien exact que certaines parties du régime des actes administratifs sont surtout applicables aux actes individuels et n'ont pas d'équivalent en droit privé (règles relatives aux contrats administratifs, au statut des fonctionnaires, à la domanialité publique, par exemple). Sans doute aussi dans l'appréciation d'un acte individuel doit entrer une connaissance aussi précise que possible des circonstances qui ont déterminé l'autorité à agir et la juridiction administrative, devant laquelle l'administration est partie principale, est-elle mieux armée pour ces recherches et plus apte à porter sur le comportement de l'autorité en cause un jugement exact.

Mais d'une part la technicité dont l'autorité administrative peut se prévaloir pour soustraire au contrôle judiciaire la matière des actes individuels est de moins en moins l'exclusivité de l'administration. L'ordre judiciaire, sous les formes contentieuses les plus diverses — nous aurons l'occasion d'en étudier certaines plus loin — est convié de plus en plus à se préoccuper d'activités administratives ou para-administratives, est toujours plus mêlé à la vie de l'Administration dont il a parfois même l'obligation d'appliquer, en plein contentieux, le droit spécifique (43). D'autre part, s'il est bien vrai que le débat pénal n'offre pas toujours à l'Administration la possibilité de défendre contradictoirement l'acte contesté par le prévenu, il ne faut pas oublier que la juridiction administrative, pour apprécier les données de la situation imposée à l'administré, peut elle-même rencontrer de grandes difficultés pour éclairer les vrais motifs de l'acte de l'administration.

(41) Au S., 1952.3.1.

(42) Au D., 1952, Chr. XXIX, p. 137.

(43) Il suffit de renvoyer ici aux récentes et retentissantes applications du droit public par les tribunaux judiciaires, juges de la responsabilité du service public de la police judiciaire.

En réalité, établir dans le cadre de l'exception d'illégalité une discrimination entre actes individuels et actes réglementaires, c'est remettre en cause les fondements du droit judiciaire de contrôle. Les juges sont à cet égard placés devant une alternative. Ou bien les tribunaux répressifs invoquent leur plénitude de juridiction — comme le fait d'ailleurs l'arrêt Avranches et Desmarets, mais pour en tirer une insatisfaisante conclusion — signifiant par là que l'unique, mais souveraine, justification de leur droit d'examen est bien la considération de l'acte administratif, condition de l'application de la loi pénale, et par là ils rejettent une distinction qui contredirait la raison d'être de leur compétence; ou bien ces mêmes tribunaux doivent renoncer à se prévaloir de cette compétence en vertu d'un principe général et ils s'obligent dès lors à décider dans chaque cas d'espèce s'ils peuvent ou non apprécier la légalité de l'acte administratif contesté devant eux, suivant que la loi, les particularités de la procédure ou la nature de la question débattue autorisent ou non qu'il soit passé outre à la séparation des fonctions.

Il apparaît bien que dans son ensemble la Doctrine soit consciente de la faiblesse théorique et du danger pratique de la discrimination maintenue par le Tribunal des Conflits. Déjà un peu avant l'arrêt de 1951, M. Vedel (44) et M. Legal (45) estimaient ne devoir marquer aucune différence entre acte individuel et acte réglementaire dans le contrôle judiciaire de la légalité administrative. On peut dire que la décision du Tribunal des Conflits n'a pas retourné la tendance. Si l'on excepte la note de M. Blaevoet (46), aucun commentaire n'approuve les solutions de 1951. M. Auby, dans la note que l'on vient de citer qualifie d'une manière générale les questions préjudicielles en matière pénale de « socialement regrettables » et déclare souhaiter une extension de la jurisprudence dans ce domaine.

C. — L'ABANDON PROGRESSIF DE LA JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL DES CONFLITS PAR LES TRIBUNAUX JUDICIAIRES.

L'opinion dominante de la Doctrine a rencontré un terrain favorable : la jurisprudence judiciaire a évolué et l'état actuel de cette évolution remet en question la solution de 1951.

Mais il n'est pas inutile de préciser d'abord les étapes de cette évolution qui en dix ans a très sérieusement détérioré la règle éta-

(44) Note au J.C.P., 1948.II.4299.

(45) Note au S., 1950.I.23.

(46) Note au D., 1952.J.271.

blie par le juge des conflits. Dans cette offensive de reprise du terrain des actes individuels, on peut distinguer trois étapes.

A la première se rattachent les décisions par lesquelles le juge élabore de nouvelles possibilités d'élargir le cadre de son contrôle en liant l'incompétence judiciaire, lorsqu'il est obligé de la reconnaître, non à un principe général, mais à un texte ou à une circonstance particulière. Dans une seconde série d'espèces, c'est implicitement que la compétence judiciaire est admise, mais sans aucune prise de position de principe. Seule la troisième étape se dégage clairement des cas d'espèces pour tendre à l'affirmation d'un principe nouveau, qui abolit l'exception des actes individuels retenue en 1951 : l'arrêt de la Chambre criminelle du 21 décembre 1961 lui apporte sa conclusion.

La première de ces trois attitudes a été essentiellement celle de la Cour de cassation dans la période contemporaine de l'arrêt Avranches et Desmarets. M. Homont (47) a montré clairement comment les arrêts de la Cour de cassation, légèrement antérieurs à celui des Conflits, en constituaient le complément heureux, pour ne pas dire le contrepoids opportun. La Chambre criminelle a reconnu alors l'incompétence du Tribunal correctionnel pour apprécier la validité des décisions des Conseils national et régionaux des médecins, mais au motif que le législateur avait spécialement organisé des voies de recours particulières contre ces actes (48). Même lorsqu'elle n'invoque pas expressément le texte spécial qui impose la compétence administrative exclusive, la Cour suprême évite de rappeler la règle générale fixée par le Tribunal des Conflits. Elle considère plutôt, par exemple, que l'examen de la validité d'un arrêté résilient une permission de voirie ressortit bien à la seule juridiction administrative et elle préfère dire que « les juges du fond se sont immiscés dans l'appréciation de l'objet et de la portée des autorisations et concessions accordées et ont ainsi empiété illégalement sur les attributions de la juridiction administrative » (49). Saisie en fait d'une question de contrôle de légalité, la Cour de cassation choisit ainsi d'y voir une question d'interprétation et applique alors sa propre règle générale d'incompétence pour l'interprétation des actes administratifs individuels.

(47) Chr. au J.C.P., 1951.956 *ter*.

(48) 28 mars 1950, Zwillinger, G.P., 1950.2.40, D. 1950.J.302 et 22 février 1951, Zwillinger, J.C.P., 1951.II.6623 avec la note de M. Homont, B. 63.113.

(49) Crim., 23 décembre 1959, Longuefosse, B. 581.1110, et aussi Crim., 18 janvier 1951, Barbier, B. 21.37, dans lequel la Cour se garde d'invoquer la circonstance que l'arrêté préfectoral, invoqué comme moyen de défense, est un acte individuel.

La seconde étape de l'évolution jurisprudentielle se caractérise par un certain nombre de décisions rendues entre 1951 et 1961, dans lesquelles la juridiction saisie, tout en reconnaissant ou en contestant la légalité d'un acte administratif individuel, ne se pose aucune question sur son droit de porter une telle appréciation. Certes on peut comprendre qu'un tribunal répressif, préoccupé d'abord et surtout, nous l'avons déjà souligné, de la question de la culpabilité et de la sanction à prononcer puisse négliger parfois d'observer que l'un des éléments de l'infraction reprochée échappe en principe à l'appréciation d'une juridiction judiciaire. Mais il faut tenir compte aussi de la multiplication des infractions constituées par la méconnaissance d'une réglementation administrative et les hypothèses d'un jugement sur l'exception d'illégalité, sans affirmation préalable de la compétence judiciaire, ne peuvent que s'accroître. La matière de la coordination des transports en donnerait de nombreux exemples. Retenons à cet égard, comme particulièrement significatif l'arrêt de la Cour de Rouen qui, en 1957 (50), juge illégale une décision ministérielle de sursis à statuer *sine die* sur une décision du Comité technique départemental, alors que le décret du 14 novembre 1949 fait obligation au ministre de statuer dans les quatre mois, faute de quoi la décision du C.T.D. est réputée approuvée.

Mais ce ne sont pas seulement les juges du fond qui omettent de se plier à l'arrêt du Tribunal des Conflits. La Cour de cassation elle-même se garde à la même époque d'invoquer, pour l'examen des actes individuels, un principe quelconque. Avant l'arrêt Avranches et Desmarests, dans l'affaire Reibel (51), statuant sur un refus par un préfet d'enregistrer une candidature électorale, la Chambre criminelle avait considéré que la question de la légalité de ce refus constituait « le fond même du litige » et que la juridiction saisie ne pouvait renvoyer la solution de cette question ou l'éluder sans méconnaître « l'obligation où elle était de statuer sur l'infraction dont elle était saisie ». Mais nous étions encore en 1949. Dans un arrêt de février 1956 (52), la Chambre criminelle vérifie bien les conditions dans lesquelles un maire a pris et notifié, en matière de poursuites pour défaut de permis de construire, sa décision. Il en constate la parfaite régularité alors que celle-ci était contestée. Or, alors que le moyen soulevait la question de la compétence pour le contrôle de légalité, la Cour suprême n'en souffle mot dans son

(50) C.A., Rouen, Canhan, rapporté dans « Service-Transports », novembre, décembre, 1957.

(51) S., 1950.I.21 avec la note de M. Legal.

(52) Crim., 7 février 1956, Ferand, Maréchal, B. 136.243.

arrêt. De la même façon, fin 1956, la même Cour analyse et reconnaît la légalité d'un arrêté enjoignant à un administré d'abandonner sans délai l'emplacement occupé par lui sur la voie publique (53).

Il fallait donc bien qu'un jour la Cour de cassation avouât clairement qu'elle avait en définitive renoncé à se soumettre à la jurisprudence du Tribunal des Conflits : la pittoresque décision d'un tribunal de police l'a contrainte à prendre position sans équivoque. L'organisatrice d'un bal public à Lampaul-Plouarzel, ayant été traduite devant le tribunal de police de Brest pour infraction à un arrêté municipal, alors que le bal avait été tenu en passant outre au refus de l'autorisation prévue par ledit arrêté, s'est prévalu devant le juge de police de l'illégalité de ce refus. Le tribunal saisi a bien vu que l'acte qu'on lui donnait à examiner n'était pas l'arrêté municipal réglementant les bals dans la commune, mais la décision particulière du maire portant refus d'autorisation. Cette distinction faite, le juge répressif se déclare compétent et invoque « une jurisprudence constante de la Cour de cassation » suivant laquelle « ce pouvoir s'étend aux décisions individuelles comme aux règlements ». Approuvant la solution, la Cour de Rennes s'est cependant gardée de reproduire l'interprétation donnée par le premier juge de la jurisprudence de la Cour de cassation. Cette dernière n'avait plus qu'à préciser elle-même sa doctrine.

Et c'est bien un arrêt de principe qu'elle a rendu, précédé et préparé par un rapport fort intéressant de M. le conseiller Costa (54). « Attendu, dit la Cour, que si l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, interdisent aux tribunaux judiciaires de troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, de citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions et de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, ils ne peuvent faire obstacle au devoir qu'ont les juges, lorsque ces actes, *réglementaires ou individuels*, sont assortis d'une sanction pénale qu'il est demandé aux tribunaux de prononcer, non point d'en apprécier, sans doute l'opportunité, mais de s'assurer de leur conformité à la loi, lorsque du moins ces actes sont clairs et qu'il n'est pas nécessaire de les interpréter ». Ainsi, au principe de l'incompétence des tribunaux répressifs pour apprécier la légalité des actes administratifs individuels, sauf disposition législative contraire, la Cour de cassation oppose désormais le principe de l'égalité de traitement des deux grandes catégories d'actes administratifs dans le cadre de l'exception d'illé-

(53) Crim., 26 décembre 1956, Foureux Vve Dorschner, B. 881.1566.

(54) Crim., 21 décembre 1961, Dame Leroux, B. 551.1053, D. 1962.J.102, Rec. Dr. Pén., 61, p. 347, J.C.P., 1962.II.12680, note J. Lamarque.

galité. Comme les actes réglementaires, les actes individuels sont susceptibles d'un contrôle de légalité dès lors qu'ils sont, les uns et les autres, pénalement obligatoires. La Cour suprême marque ainsi fermement son attachement à sa jurisprudence antérieure à 1951 et la réserve introduite cette année-là par la juridiction des conflits n'est plus que la décision isolée d'un arrêt qui, suivant la formule de M. Costa, « fait figure d'exception ».

M. Lamarque, commentant le jugement de Brest et l'arrêt de Rennes (55) estimait trouver « de nouvelles raisons de l'affirmation claire et nette de la compétence de la juridiction pénale » dans la rédaction de l'article R 26, 15° du Code pénal, disposition qui a remplacé l'article 471, 15° du même Code. Mais comme nous pouvons le déduire du rapport de M. Costa, la substitution des mots « décrets et arrêtés » au mot « règlements » n'a eu aucune part dans les réflexions qui ont déterminé les conseillers de la Chambre criminelle.

En vérité, l'arrêt de 1961 n'innove pas. Il reprend une tradition solide et bien établie : il lui redonne force et clarté, en dégageant le principe de la compétence du juge pénal de tout ce qu'on lui a prêté de conditionnel et de circonstanciel pour mettre en lumière l'exigence fondamentale qui l'impose. On regrettera seulement que la Chambre criminelle se soit placée au seul point de vue des « actes assortis d'une sanction pénale » et ait laissé dans l'ombre les actes administratifs susceptibles de justifier le prévenu. Il paraît toutefois difficilement pensable que la Cour de cassation revienne à cet égard sur des formules antérieures, certaines récentes, dans lesquelles elle avait défini, sans doute à l'égard de textes réglementaires, mais sans y introduire aucune réserve pour les actes individuels, sa « plénitude de juridiction sur toutes les demandes ou exceptions tendant à l'application ou à la non-application de la loi pénale » (56). Les dernières analyses de la doctrine ne paraissent pas mettre en doute que dans les deux hypothèses de mise en jeu du contrôle du juge pénal, — contestation de l'acte qui sert de fondement aux poursuites, — invocation de l'acte comme moyen de justification, un pouvoir identique d'appréciation puisse être reconnu (57).

(55) Note au D. 1961.J.501.

(56) Crim., 6 octobre 1955, Baconneau, B. 384.687, D. 56.J.539.

(57) GOYARD, *La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, éd. Montchrestien, 1962, p. 376.

§ 3. — L'exception d'illégalité et les règlements autonomes.

Le caractère très général du contrôle pénal de légalité, que l'étude du régime des actes individuels nous a spécialement permis de mettre en relief, tend ainsi à éliminer toute distinction quant à l'objet ou au type d'acte administratif susceptible d'une appréciation judiciaire. Par là aussi l'exception d'illégalité se différencie du contrôle de légalité par voie d'action où la question de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, quant à la nature de l'acte attaqué, revêt une si grande importance. Devant le juge de l'exception d'illégalité, ce n'est pas la caractérisation de l'acte au regard du droit administratif qui doit inquiéter, c'est seulement l'incidence de cet acte sur l'application ou le refus d'application de la loi pénale. Pour ne prendre qu'un exemple, le problème de la valeur des circulaires de l'autorité administrative devant le juge répressif, qui a certes son intérêt, notamment en matière de fraudes (58), nous paraît devoir se résumer, du point de vue qui nous occupe, à la question de savoir si la circulaire en cause pouvait ou contraindre légalement le prévenu au respect de ses prescriptions ou le dispenser valablement de se soumettre aux exigences d'un texte distinct (59). En aucun cas, il ne peut être demandé à la juridiction pénale de se prononcer sur la qualification exacte de la circulaire contestée ou invoquée, sur sa portée administrative, en se référant à la théorie générale de cette catégorie particulière d'acte.

Mais il est tout de même, quant à la nature de l'acte dont l'illégalité est soulevée devant un tribunal répressif, une exigence absolument générale : c'est qu'il s'agisse bien d'un acte susceptible d'une appréciation juridictionnelle et non pas d'un acte qui par sa définition même échapperait à toute investigation d'un juge quel qu'il soit : l'acte législatif. Or, précisément, la question se pose de savoir si cette exigence essentielle est satisfaite dans le cas des règlements autonomes.

Les articles 34 et 37 de la Constitution de 1958, en délimitant les matières de nature législative, en élargissant considérablement le pouvoir normatif du gouvernement, ont notablement modifié la hiérarchie traditionnelle des sources de droit. Le droit pénal s'est trouvé spécialement concerné par cette réforme qui a eu notamment pour effet de délégaliser complètement la matière des contraventions. Nous n'avons pas à revenir dans le cadre de ce travail, sur

(58) Voir l'article de J. FOURGOUX, *Répression des fraudes ; La réglementation par voie de circulaire*, G.P., 24-27 août 1963, Doctrine.

(59) Crim., 9 avril 1932, Baumann, G.P., 1932.1.800.

la véritable émotion soulevée par cette « révolution », sur l'atteinte ainsi portée à l'un des aspects les plus traditionnels du principe de la légalité des peines et des incriminations. On n'aurait d'ailleurs rien à ajouter à la magistrale chronique de M. Levasseur (60).

Par contre il convient de mesurer les conséquences de ce nouveau « dualisme » des sources de droit en matière pénale, au regard du contrôle de légalité (61). Si rien n'est modifié en ce qui concerne les crimes et les délits puisque leur matière reste exclusivement législative un problème nouveau se trouve posé dans le domaine des contraventions réglementarisées. Désormais la loi n'y a plus part. Les incriminations contraventionnelles qui ne résultaient jusqu'en 1958 que de la loi, ou, dans les limites de l'article 471, 15° du Code pénal, de la loi précisée par un acte administratif, résultent maintenant de décrets pris en la forme de règlements d'administration publique, éventuellement complétés par les actes administratifs prévus par l'article R 26, 15° du Code pénal.

Certes aucun problème nouveau n'est posé si la règle de droit pénal en cause résulte d'un texte réglementaire pris en exécution d'une disposition législative. Il n'y a dans cette hypothèse que mise en œuvre d'un pouvoir réglementaire classique, subordonné à la loi et partant susceptible d'un contrôle juridictionnel principal ou d'exception. Mais le régime actuel des actes émanant du pouvoir réglementaire introduit à côté du règlement de type classique, le règlement dit autonome, c'est-à-dire édicté par le titulaire du pouvoir réglementaire en vertu de la compétence normative de droit commun, que lui reconnaît la Constitution (art. 37) en dehors des invitations législatives. Ce sont ces règlements autonomes qui, en soulevant par leur définition même le problème de leur soumission à la loi, obligent à s'inquiéter des possibilités de leur appréciation juridictionnelle.

Une première difficulté vient de la nouveauté profonde des règlements autonomes de la Constitution de 1958. Sans doute le droit administratif admettait-il déjà l'existence de règlements autonomes exprimant le « pouvoir propre » reconnu au Président de la République d'imposer une réglementation nouvelle (62), sans habilitation préalable de la loi. Mais d'une part, cette réglementation ne pouvait traditionnellement affecter, en métropole du moins, que

(60) Une révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions, D. 1959, Chr. XVIII.

(61) L'ensemble de la question est traitée par M. ROUJOU DE BOUBÉE, au J.C.P., 1961, D. 1638.

(62) Depuis l'arrêt Labonne, C.E., 8 août 1919, Rec., p. 737, D.P., 1921.3.23, S., 1924.3.46.

des secteurs limités (mesures d'ordre public et réglementation intérieure des services publics) et d'autre part et surtout, les règles ainsi établies demeuraient subordonnées à la loi.

De toute autre nature sont les règlements autonomes créés en 1958. Pour M. Chapus (63), il s'agit de règlements deux fois autonomes : non seulement ils ne sont pris en vertu d'aucune loi, mais encore « ils sont affranchis de toute obligation de conformité et de compatibilité avec quelque norme législative que ce soit ». Même si cette affirmation doit être rectifiée en ce qui concerne les règlements pris dans les matières dont les principes fondamentaux sont du domaine législatif (libertés publiques par exemple) et où la loi ne peut être transgressée par le règlement (64), même s'il convient d'observer, avec M. L'Huillier (65) que le règlement autonome ne peut modifier un texte législatif sur l'une quelconque des matières désormais réservées à la loi, les hypothèses d'une soumission effective du règlement autonome à la loi sont réduites.

Le règlement autonome apparaît en effet, chaque fois qu'il échappe à la dépendance d'une loi particulière, comme un acte « initial et inconditionné », pour reprendre la formule célèbre de Carré de Malberg, qui réduisait à elle la définition même de la loi. Ne devrait-on pas dès lors considérer que le règlement autonome revêt sinon un caractère législatif, du moins un caractère supra-réglementaire qui le parerait, au regard du contrôle juridictionnel, d'une autorité semblable à celle de la loi ?

Le refus pur et simple d'apprécier la légalité d'un règlement autonome complètement indépendant de la loi éliminerait au moins la difficulté tenant à la détermination d'une légalité de référence qui puisse offrir au juge une assise juridique de quelque consistance dans son appréciation de la validité du règlement. Le Préambule de la Constitution et les principes généraux du droit, au respect desquels l'auteur du règlement est tenu, comme l'a montré M. Chapus, ne sont que rarement d'un recours efficace. Quant aux dispositions de la Constitution elle-même, elles n'établissent guère que des règles de partage de compétences matérielles dont le seul juge souverain est le Conseil constitutionnel, aux décisions duquel le juge judiciaire comme le juge administratif ont l'obligation de se conformer (66).

(63) De la soumission au droit des règlements autonomes, D. 1960, Chr. p. 119.

(64) RIVERO, *Droit administratif*, p. 55. WALINE, *Les rapports de la loi et du règlement avant et après la Constitution de 1958*, R.D.P., 1959, p. 711.

(65) Note sous C.E., Soc. Eky, D. 1960.J.263.

(66) La formation et l'autorité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ont été étudiées notamment par A.-G. COHEN, *La jurisprudence du Conseil*

Le dernier obstacle au contrôle de légalité des règlements autonomes est un argument de texte. Tous ceux qui ont commenté les nouvelles dispositions de la deuxième partie du Code pénal ont fait observer les modifications dont s'est trouvé affecté le successeur de l'article 471, 15° du Code pénal. L'article R 26, 15° punit maintenant « ceux qui ont contrevenu aux décrets et arrêtés légalement faits par l'autorité administrative ou aux arrêtés publiés par l'autorité municipale ». Au sujet de la disparition, déjà signalée plus haut du mot règlement (voir p. 33), M. Levasseur pose la question : « Cette modification ne signifie-t-elle pas qu'on a voulu soustraire les règlements à l'exception d'illégalité et leur conférer une autorité juridique absolue, analogue à celle des lois ? »

En réalité aucune des difficultés ainsi soulevées n'est de nature à constituer un obstacle sérieux à la compétence du juge pénal à l'égard du règlement autonome.

Au point de vue de la nature des règlements autonomes, il est bien certain que ceux-ci conservent leur caractère réglementaire, avec toutes les conséquences qui en découlent (67). La Constitution (art. 34) ne reconnaît qu'un organe législatif, votant la loi, le Parlement. La loi continue de pouvoir se distinguer expressément du point de vue organique et du point de vue formel de toutes les catégories de règlements administratifs. Lorsque le Conseil d'Etat a admis la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, d'abord à l'égard des règlements d'administration publique — depuis 1907 — ensuite à l'égard des décrets-lois — depuis 1930 —, il s'est essentiellement fondé sur ce que ces actes étaient accomplis « par une autorité administrative » (68). A ce point de vue les règlements autonomes ne présentent de supériorité, ni sur les règlements d'administration publique, ni sur les décrets-lois que l'on serait plutôt tenté de placer au-dessus des règlements autonomes du fait de leur vocation à devenir loi organique et formelle. Dès lors que le règlement autonome émane bien du pouvoir réglementaire, autorité administrative, il relève bien en principe du contrôle juridictionnel, principal devant les juridictions administratives, exceptionnel devant les juridictions judiciaires.

Pour ce qui est de la difficulté de trouver un corps de règles supérieures suffisamment large pour aider utilement le tribunal

constitutionnel relative au domaine de la loi d'après l'article 34 de la Constitution, in R.D.P., 1963, p. 745.

(67) On ne saurait reprendre ici dans son ensemble l'étude des règlements autonomes et l'on est obligé de renvoyer aux articles et notes les plus importants : J. de SOTO, *in R.D.P.*, 1959, pp. 273 et 293. M. WALINE, précité. J. LHUILLIER au D. 1959, Chr. p. 173 et note précitée et R. CHAPUS, précité.

(68) S. 1908.3.1, concl. Tardieu, note Hauriou.

chargé du contrôle, elle n'est pas non plus susceptible d'arrêter vraiment les juges de l'ordre judiciaire, soumis dans l'exercice de leur juridiction à l'obligation fondamentale qui résulte de l'article 4 du Code civil. Il est de l'essence même des fonctions judiciaires d'avoir à suppléer à l'insuffisance ou à l'obscurité de la loi. N'est-ce pas, d'autre part, un phénomène tout à fait classique du droit que plus un acte est élevé dans la hiérarchie des textes et moins nombreuses sont les règles supérieures qui le conditionnent (69). Quant au rôle du Conseil constitutionnel dans l'application et l'interprétation de la Constitution, s'il a effectivement pour effet de réduire les possibilités d'utilisation du texte de la Constitution par d'autres juridictions, il conduit en même temps à la formulation de nouvelles règles de partage de compétences qui peuvent être ensuite utilisées avec profit par les juges de la légalité administrative.

Enfin la nouvelle rédaction de la disposition du Code pénal qui a remplacé l'article 471, 15°, est à notre sens dépourvue de toute incidence sur la question des règlements autonomes. Le mot règlement définit une catégorie d'acte par son contenu matériel tandis que les mots décrets et arrêtés se réfèrent à des critères organiques et formels. Au surplus pourrait-on observer que le mot « décrets » couvre un plus grand nombre d'actes que le mot « règlements ». Les règlements d'administration publique, les règlements autonomes, ne sont-ils pas d'abord, en stricte terminologie juridique, des décrets ? Dès lors on peut penser que le rédacteur du nouvel article R 26, 15° du Code pénal a simplement cédé à un souci de précision : on ne peut en tout cas prêter beaucoup d'importance à ce texte délégalisé. Les anciennes dispositions de l'article 471, 15° du Code pénal sont en effet tombées du domaine de la loi dans celui du règlement. L'article R 26, 15° est de nature réglementaire, comme toute la deuxième partie du Code pénal et l'une quelconque des dispositions de cette partie ne peut avoir pour effet de donner une valeur particulière aux autres. On ne peut plus invoquer l'autorité de l'article R 26, comme on invoquait autrefois celle de l'article 471. Il était déjà très discutable, nous l'avons signalé, que l'exception d'illégalité puisse résulter d'un texte législatif qui n'innovait en rien : il est en tout cas aujourd'hui impossible d'induire aucune règle de compétence d'un règlement parmi d'autres, fussent-ils les uns et les autres, autonomes.

(69) Pour représenter le corps de la légalité, M. RIVERO propose d'ailleurs l'image d'une pyramide, plus expressive que celle de « bloc légal », *op. cit.*, p. 65.

L'autonomie de certains règlements a répondu à des exigences de gouvernement devenues impérieuses. Ces exigences sont satisfaites dès lors que le texte est entré en vigueur : elles n'ont pas à intervenir dans les incidents d'application qui conservent leur régime, fondé sur le principe de légalité.

CHAPITRE II

LE CONTROLE DE LEGALITE EN MATIERE FISCALE ET PARAFISCALE

L'existence, au profit de certains tribunaux de l'ordre judiciaire, d'un pouvoir juridictionnel étendu sur des matières de nature fiscale est assez rarement soulignée. Apparemment l'étude de cette compétence semble abandonnée, ou à peu près, aux seuls spécialistes du droit fiscal. Ce n'est point pourtant que le domaine de ce contentieux soit restreint ou menacé de le devenir.

SECTION I

L'IMPORTANCE ACTUELLE DU CONTENTIEUX FISCAL ET PARAFISCAL ATTRIBUE AUX TRIBUNAUX JUDICIAIRES

Les tribunaux de l'ordre judiciaire ont reçu compétence d'une part et depuis très longtemps à l'égard des litiges nés de l'application des droits d'enregistrement et de douanes, des contributions indirectes et des taxes assimilées, d'autre part, mais beaucoup plus récemment, à l'égard d'une notable fraction d'un domaine sans cesse accru : celui de la parafiscalité.

§ 1. — Le contentieux judiciaire fiscal classique.

En matière de *Douanes*, depuis la loi du 14 fructidor an III, les refontes périodiques des textes législatifs formant Code des

douanes reprennent le principe de la compétence exclusive des tribunaux de paix, aujourd'hui tribunaux d'instance, pour « connaître des contraventions douanières et de tout ce qui a rapport, ... prononcer les condamnations fiscales en cas de transaction... juger les contestations concernant le refus de payer les droits, les oppositions à contrainte, la non-décharge des acquits à caution et les autres affaires de douanes » (art. 356 du décret du 8 décembre 1948).

En matière d'enregistrement, c'est la loi du 22 frimaire an VII qui a posé le principe de la compétence judiciaire pour toutes les difficultés concernant l'impôt de l'enregistrement. Cette règle est reprise dans le texte actuel du Code général des Impôts (art. 1895, 1915 et surtout 1919).

En matière de *contributions indirectes*, ces mêmes articles réaffirment la compétence du Tribunal civil reconnue dès la loi du 5 ventôse an XII (art. 88) et du décret du 1^{er} germinal an XIII. Ce contentieux judiciaire comporte non seulement les droits indirects proprement dits (à l'exception de la taxe sur le chiffre d'affaires : article 1852 C.G.I. et la jurisprudence constante sur ce point), mais aussi les taxes assimilées aux droits indirects et dont on ne saurait donner ici qu'une liste indicative : anciens droits « d'attache » sur les navires (1), taxes municipales (2), droits de scolarité à l'Ecole des Mines (3), taxes d'importation dans les colonies (4), taxes d'aéroport (5).

Sans doute ce contentieux n'est-il judiciaire que par détermination de la loi. Le Tribunal des Conflits a eu l'occasion de le rappeler en précisant que si le contrôle juridictionnel d'une taxe fiscale ou parafiscale n'est pas expressément confié à l'ordre judiciaire, « il est compris nécessairement parmi le contentieux général des actes et des opérations de puissance publique et relève à ce titre, de la juridiction administrative » (6). Ce caractère attributif de la compétence judiciaire n'est d'ailleurs méconnu ni par les tribunaux judiciaires (7), ni par les tribunaux administratifs (8), toutes

(1) Civ., 7 décembre 1887 et Req., 22 janvier 1890, arrêts Ville de Rouen, S. 1890.I.345.

(2) Confl. 30 avril 1898, Lombard c/ Castaing, D.P., 1899.3.94, Civ., 28 avril 1926, Alamichel c/ Ville de Vichy, S. 1926.I.213.

(3) C.E., Durnerin, 3 août 1904, D.P., 1906.3.48.

(4) Civ., 8 mai 1934, Soc. La Morue Française c/Gouv. des Iles St-Pierre et Miquelon, D.H., 1934.347. Civ., 7 février 1939, Soc. La Pêche aux bancs c/ Colonie St-Pierre et Miquelon, G.P., 1939.I.689.

(5) Com., 28 février 1955, Chambre de Commerce de Marseille c/Synd. nat. des Transp. aériens, B. Civ. III.161.

(6) Préfet du Rhône, 10 juillet 1956, D. 1956, S. 161.

(7) T. civ., Seine, 25 février 1957, Soc. Albiac, D. 1957.S.116.

(8) C.E., Cie d'Exploitation et d'achats de rondins, Ass. plén., 13 mai 1960, D. 1961.J.127.

ces décisions ayant statué au sujet de la même taxe : la contribution au Fonds Forestier national.

Cette réserve faite, il convient d'observer que le domaine ainsi attribué aux juges de l'ordre judiciaire se révèle d'appréciables dimensions. Et pas plus en cette matière qu'en beaucoup d'autres, les tribunaux judiciaires n'ont à redouter la concurrence agressive de l'ordre voisin. Au contraire, le Conseil d'Etat, soucieux d'endiguer les flots de recours dont il était saisi avant la réforme de 1953 ou pour lesquels il demeure compétent depuis, n'a pas manqué d'assurer le plein emploi des juges civils. Ainsi l'arrêt Ballif du 16 juin 1954 (9) décide par exemple, à propos des taxes radiophoniques, que la loi du 8 août 1950 disposant « que le recouvrement des redevances et celui des frais et pénalités qui s'y ajoutent sont exercés comme en matière de contributions directes », ne modifie pas l'alinéa 5 de l'article 85 de la loi de finances du 31 décembre 1945 qui attribue compétence aux tribunaux civils pour juger les oppositions touchant à la quotité ou à l'exigibilité des redevances d'usage ou des pénalités sur les appareils récepteurs de radio-diffusion (10).

Il est d'autre part intéressant de noter que les deux ordres de juridiction sont d'accord pour étendre la compétence judiciaire fiscale à l'appréciation de la responsabilité de l'Administration lorsque les fautes relevées se rattachent à une contestation concernant le paiement de l'impôt. Par son arrêt Seligmann du 19 juin 1925 (11), le Conseil d'Etat avait certes posé le principe que l'attribution de la compétence à l'ordre judiciaire n'emportait pas dérogation à la règle générale suivant laquelle la responsabilité de l'Etat ne pouvait être examinée que par la juridiction administrative. Les juges administratifs avaient toutefois pris soin de préciser que leur juridiction s'exerce « lorsqu'elles (les actions en responsabilité) ne sont pas accessoires à une contestation relative à l'impôt, mais qu'elles procèdent d'une autre cause ». En fait, bon nombre de litiges à caractère indemnitaire se trouvent ainsi réservés aux tribunaux judiciaires, qui, avec la pleine approbation du Conseil d'Etat (12) n'ont pas décliné leur compétence (13).

(9) Act. Jur., Dt. Adm., 1954.II.327.

(10) En matière pénale par contre, la Cour de cassation ne paraît guère tenir à étendre sa compétence et se refuse à exercer sa juridiction sur les infractions relevant du régime du chiffre d'affaires : Crim., 2 novembre 1960, R.T.F. c/Weibel, G.P., 1961.I.20.

(11) D.H., 1925.580.

(12) Par exemple, Amiel, 8 novembre 1957, Rec. Juris. Contrib. Ind., 1957, n° 64, p. 187.

(13) Com., 10 juillet 1956, Administration des Douanes c/Caccia, B. Civ., 56.III.177, n° 208.

Ainsi, le contentieux judiciaire fiscal, s'il est effectivement classique par l'ancienneté de ses titres, demeure éminemment actuel par son incessant développement.

§ 2. — Le contentieux judiciaire parafiscal.

Par sa nouveauté, par sa diversité aussi, la matière des taxes parafiscales est beaucoup plus difficile à délimiter. On en trouve sans doute la définition dans la loi du 25 juillet 1953. Les taxes parafiscales seraient ainsi des contributions que divers organismes « soit des services administratifs de l'Etat, soit des établissements publics et assimilés, offices ou entreprises nationales, soit enfin des établissements ou groupements professionnels ou interprofessionnels possédant la personnalité morale » sont « habilités à percevoir » et « chargés d'en gérer le produit ».

Mais la loi n'est pas allée jusqu'à pourvoir ces taxes parafiscales d'un statut d'ensemble. Un trop grand nombre d'entre elles échappe aux prévisions de la loi du 25 juillet 1953 qui exclut de son champ d'application (art. 2) les cotisations dues à la Sécurité sociale, aux Comités d'entreprise, à la plupart des services médicaux et sociaux du travail, aux ordres, chambres, conseils et barreaux institués par la loi, enfin aux chambres d'agriculture, de commerce et des métiers. Ceux qui ont tenté de synthétiser la matière paraissent avoir rencontré de grandes difficultés et l'un de ces spécialistes, en conclusion d'une étude sur la distinction de la fiscalité et de la parafiscalité, avoue ne pouvoir offrir d'autre classification que bi-partite, « tout ce qui n'est pas fiscalité est parafiscalité, tout ce qui n'est pas parafiscalité est fiscalité » (14).

Le point de vue qui nous occupe, celui de la détermination de la juridiction compétente, devrait requérir plus de précision. La multiplicité des lois spéciales n'y aide pas et même dans le cadre de la loi de 1953, l'unicité de juridiction n'est pas assurée. L'article 7 pose en effet le principe que d'une part les taxes parafiscales dont l'assiette est commune avec des impôts déjà établis relèvent des juges de ces impôts et que d'autre part le contentieux des autres taxes sera assimilé à celui des contributions directes. Tribunaux administratifs et tribunaux judiciaires sont ainsi appelés à se partager en ce domaine les pouvoirs juridictionnels et obligés à se référer, pour chaque catégorie de taxe, à l'ensemble des textes qui la régissent, avant de se prononcer sur leur compétence.

(14) H. DAVOST, *Taxes parafiscales, taxes de péréquation et cotisations de Sec. soc. Dr. Soc.*, 1957, p. 532.

Sans doute une règle relativement simple peut être déduite de ce qui précède : il y a compétence judiciaire chaque fois qu'une loi spéciale le prévoit expressément ou, en l'absence d'une disposition législative particulière, chaque fois que l'assiette de la taxe considérée est la même que celle d'impôts relevant déjà d'un juge civil. Ainsi par exemple le contentieux des cotisations dues aux Comités d'organisation créés pendant la guerre revenait-il aux tribunaux judiciaires par l'effet de l'article 4 de la loi du 16 août 1940 et 1° du décret du 15 mai 1941. Au contraire, celui des cotisations dues à un Centre technique créé depuis la guerre, revient-il aux tribunaux administratifs par application de la loi du 22 juillet 1948 (15).

Mais dans certains secteurs de la parafiscalité, notamment de la parafiscalité sociale, la répartition des compétences rencontre de nouvelles difficultés. On retiendra ici celles qui ont été soulevées à propos des cotisations et taxes dues aux organismes de Sécurité et d'Aide sociales et qui concernent ainsi un très grand nombre d'assujettis. Trois éléments différents ont obscurci le problème.

Le premier résulte de la création de régimes spéciaux à côté d'un régime général. Le bénéfice de la Sécurité sociale s'applique dans des conditions bien distinctes suivant le territoire ou les personnes en cause. On découvre ainsi que « le régime des allocations familiales et des caisses de compensation en Algérie », quelque soit le mode de recouvrement des cotisations ressortit à la compétence judiciaire (16).

En second lieu, pour certains régimes, notamment le régime général, on a cru devoir instituer une juridiction spéciale, de caractère à la fois judiciaire, — par la qualité de son président — et paritaire, — par le choix des assesseurs, — à qui une compétence étendue a été reconnue pour la liquidation et le recouvrement des cotisations. Mais, à la vérité, cette institution n'a pas eu pour effet d'interdire les recours classiques du droit administratif (17) et s'est en quelque sorte superposée d'une part aux juridictions administratives normales et d'autre part à certaines juridictions administratives spéciales, telles que la Commission nationale des accidents du travail.

(15) Cass. 1^{re} sect., Civ., 22 octobre 1957, Soc. Lajoinie et Cie c/ Centre Technique des Industries de la Fonderie, B. Civ., 1957, n° 388, p. 313.

(16) T. Confl. Lasry, 6 juillet 1957, G.P., 1957.2.308.

(17) Ce qu'a montré notamment M. ROSSIGNOL dans sa chronique au D. 1952, p. 119 : « De la compétence des juridictions administratives en matière de sécurité sociale » et ce qu'illustre l'arrêt de la Cour de Rouen du 13 décembre 1955, Soc. Jules Roy c/ Caisse Prim. Rég. de Séc. Soc., J.C.P., 1956.II.9027, précédé des instructives conclusions de M. l'Avocat général Charbonnier.

Enfin, le législateur a cru opportun d'offrir aux autorités chargées de décider du recouvrement des cotisations une certaine variété de moyens d'action. Les uns sont de nature purement judiciaire, ainsi l'utilisation de la voie pénale, mais les autres se rattachent à des procédures tantôt administratives, tantôt judiciaires. Sans doute le Conseil d'Etat a-t-il tendance à considérer que la forme de la procédure de recouvrement choisie ne modifie pas la nature du litige (18). Et la Cour de cassation entre dans ces vues lorsqu'il s'agit au moins de simples créances de droit privé, par exemple les loyers d'H.L.M. (19). Mais lorsqu'il s'agit de taxes qui ont un caractère fiscal, les tribunaux judiciaires, qui n'oublient pas le caractère attributif de leur compétence en la matière, préfèrent s'appuyer sur des textes précis plutôt que sur des théories incertaines. On peut donc être assuré qu'ils ne retiendront leur compétence en matière parafiscale que sur l'invitation expresse de la loi.

Sous cette importante réserve, le domaine attribué aux juges civils en matière fiscale et parafiscale demeure quantitativement très important et il convient de rechercher maintenant si les tribunaux judiciaires peuvent inclure dans cette compétence le droit de se prononcer sur la légalité des actes administratifs contestés alors devant eux.

SECTION II

LE CONTROLE DE LEGALITE DANS LE CONTENTIEUX FISCAL ET PARAFISCAL

§ 1. — Justification théorique.

Devant les tribunaux répressifs, le contrôle de la légalité administrative ne pouvait paraître autrement qu'exceptionnel, car il n'est pas l'objet naturel du débat pénal, qui tend toujours, nous croyons devoir le répéter, au jugement d'un comportement personnel et non d'un acte juridique. Au contraire, devant les tribunaux judiciaires chargés d'un contentieux fiscal, ce contrôle de légalité de l'acte administratif est parfaitement logique et revêt un caractère

(18) Caisse Mutuelle des Allocations Familiales de la Loire-Inférieure, 27 juillet 1951, J.C.P., 1952.II.7211 et la note de M. Rivero, El Hamidia, 5 février 1954, J.C.P., 1954.II.8136. Derisbourg, 9 avril 1954, J.C.P., 1955.II.8481 avec la note de M. Dufau.

(19) Cass. soc., 7 mars 1958, Off. Pub. d'H.L.M. de Versailles c/ Eustache, J.C.P., 1958.II.10624.

principal. Les recours en matière fiscale sont en effet le plus souvent dirigés contre un acte de l'administration fiscale, d'où la classification « objective » de ce contentieux (20). La rencontre de l'Administration et de ses actes n'y est plus accidentelle : elle dérive de la nature même de l'instance. La dernière intervention législative en ce domaine confirme bien ce trait essentiel du contentieux fiscal. La loi du 27 décembre 1963, portant unification et harmonisation des procédures, délais et pénalités en matière fiscale, rappelle en ces termes le principe de la compétence judiciaire en matières d'enregistrement et de contributions indirectes : « ...les décisions prises par les directeurs des impôts sur les réclamations contentieuses peuvent être attaquées devant le Tribunal de grande instance... ».

Mais peut-on pour autant assimiler entièrement le contentieux fiscal judiciaire et le contentieux fiscal administratif et reconnaître par là, aux tribunaux judiciaires, le droit d'examiner les questions de légalité qui pourraient surgir ? Ce parallélisme rigoureux des recours ne va pas sans soulever quelques objections.

Le caractère attributif, reconnu à cette juridiction particulière des juges civils, n'emporte-t-il pas en effet comme conséquence que toute question dont la connaissance n'est pas expressément dévolue à l'ordre judiciaire, est nécessairement réservée à la juridiction administrative et n'en est-il pas ainsi, en particulier, des questions de légalité ? Comme nous aurons à le préciser plus loin, les tribunaux judiciaires qui ont reçu compétence pour statuer sur certaines catégories de dommages se rattachant à l'activité administrative, n'ont cependant pas été reconnus comme juges de la légalité des actes administratifs se rapportant à ces matières. Il faut le redire ici, ce qui s'oppose en principe à l'appréciation des actes administratifs par les tribunaux judiciaires, c'est moins la séparation des pouvoirs que la séparation des autorités judiciaires et administratives. L'obstacle ce n'est pas la matière jugée, c'est le juge lui-même et la nature administrative du contentieux n'est pas déterminante pour accorder au juge qui en est chargé toutes les prérogatives d'un juge administratif.

Le juge fiscal judiciaire doit-il alors se résigner à n'être que le juge civil de matières administratives et se déclarer incompétent lorsque l'exception d'illégalité est soulevée ?

Personne ne l'a sérieusement soutenu et c'est au contraire le principe de la plénitude de juridiction du juge fiscal qui a toujours été admis. Mais on peut dire en même temps que seule la

(20) M. WALINE, *Traité*, 6^e éd., p. 110. A. DE LAUBADÈRE, *Traité*, 2^e éd., p. 339.

doctrine fiscale s'est préoccupée du problème du fondement de cette compétence et seule elle l'a résolu au fond. Il lui a suffi d'ailleurs de rappeler le caractère autonome du droit fiscal. La fiscalité est autre chose que l'une parmi d'autres des diverses activités de l'administration. Si la science des finances publiques relève bien du droit public par la nature des rapports juridiques qu'elle implique et par les procédés techniques auxquels elle a recours, elle ne s'intègre pas complètement au droit administratif, au moins au sens coutumier du terme. Elle reste marquée d'un particularisme ancien mais toujours actuel, sur lequel l'accord ne s'est pas fait entre les publicistes, mais qui a été reconnu par les « fiscalistes » (21).

Cette autonomie est confirmée à plusieurs points de vue. Sur le plan procédural, il est bien connu que les règles qui président au jugement des litiges fiscaux, devant les tribunaux judiciaires, qu'il s'agisse des formes, de l'administration de la preuve et de l'étendue du pouvoir juridictionnel sont exorbitantes du droit administratif comme du droit judiciaire. Par rapport au droit pénal, l'autonomie n'est pas moins singulière et elle est même abusive : un même fait pouvant être à la fois activité régulièrement imposable et agissement pénalement répréhensible (22).

Sur le caractère attributif de la compétence judiciaire fiscale, une observation doit par ailleurs être faite. Ce caractère, aujourd'hui incontesté, n'est pas originel. Lorsque furent établies ces compétences judiciaires fiscales, entre l'an III et l'an XII, à l'époque de l'administrateur-juge, il ne pouvait s'agir de retirer à une justice administrative, pratiquement inexistante jusqu'en 1806 (23), une part de son domaine. Il s'agissait au contraire de reconnaître, pour la première fois depuis les textes consacrant l'immunité juridictionnelle de l'administration, que celle-ci puisse avoir un juge, du moins pour quelques actes émanant de ses représentants. C'est seulement avec le développement progressif de la juridiction administrative et la consécration de son pouvoir juridictionnel de principe sur toutes les activités de l'administration que le contentieux judiciaire fiscal devait finalement apparaître comme un démembrement de la juridiction administrative. Si l'évolution du droit administratif oblige maintenant à considérer le contentieux judiciaire fiscal comme un contentieux d'attribution, elle n'a pu

(21) TROTABAS, *Science et Technique fiscale*, 2^e éd., p. 243 et suiv. CHRÉTIEN, R.S.F., 1956, p. 282.

(22) Par exemple dans certains cas, la publicité par panneau-réclame en bordure de route, Crim., 17 mai 1962, P.G., Paris c/ Lavergne, J.C.P., 1962.II. 12746.

(23) GOYARD, *op. cit.*, et spécialement le chapitre consacré au « premier essai de différenciation des fonctions de l'Administration », p. 95 et suiv.

lui enlever son originalité essentielle, celle d'avoir constitué le premier élément cohérent d'une juridiction administrative. Il serait alors paradoxal et profondément illogique d'ôter aux tribunaux judiciaires dans ce domaine, ce qui est devenu dans d'autres la mission essentielle des tribunaux administratifs, veiller au respect de la légalité dans les actes de l'administration.

En matière fiscale, les tribunaux judiciaires sont ainsi déliés des conséquences de la séparation des fonctions, aussi bien par l'intervention en ce domaine d'un droit particulier, qui a gardé son autonomie vis-à-vis du droit administratif, que par les raisons mêmes de l'institution de ce contentieux, pour réagir contre l'immunité abusive reconnue à l'administration par les textes révolutionnaires.

De cette plénitude de juridiction du juge fiscal, nous n'avions, il est vrai, à convaincre personne. Les auteurs spécialisés l'enseignent formellement (24), la doctrine de droit administratif l'admet (25), et toutes les jurisprudences l'appliquent continuellement. Le Tribunal des Conflits, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation sont ici en plein accord et qu'il s'agisse de douanes (26), d'enregistrement (27) ou de contributions et taxes indirectes (28), les solutions sont identiques. L'extension de la compétence judiciaire, en matière fiscale, au contrôle de la légalité des actes administratifs en cause, est depuis longtemps définitivement acquise.

Mais ce qu'il reste à préciser, c'est la portée réelle de ce pouvoir, les conséquences de cette plénitude de juridiction.

§ 2. — Etendue et portée du contrôle de légalité en matière fiscale.

Si les tribunaux judiciaires n'ont jamais mis en question le principe de leur plénitude de juridiction en matière fiscale, il est cependant arrivé que, surpris par les dimensions du pouvoir qui

(24) TROTABAS, *Science et Technique fisc.*, 2^e éd., p. 243 et suiv. CHRÉTIEN, J.C.P., 1954.I.1149.

(25) WALINE, *Traité*, 7^e éd., p. 58, 8^e éd., p. 65. De LAUBADÈRE, *Traité*, 2^e éd., p. 314. VEDEL, *Dt Adm.*, 1960, p. 111.

(26) C.E., Marchand frères, 10 décembre 1857, J.G.D., Suppt. V^o Douanes, n^o 648. Confl. De Morcourt, Rec., 1943.316. Confl. Hauts Fourneaux de la Chiers, 26 mai et 24 juin 1954, S. 1954.3.90, Act. Jur. Dt Adm., 1954.II.326 et 409 (le contrôle atteint tous les règlements administratifs internes, même s'ils se rattachent à l'exécution d'un traité international, Civ., 19 décembre 1938, B. Civ., 460).

(27) Cass. com., 26 février 1950, Enreg. c/ Acéries de Longwy, J.C.P., éd. N. 1951.J.6284.

(28) Confl. Pannier, 27 octobre 1931, Rec., p. 1173, D.H., 32.9, Com., 31 janvier 1956, Soc. Bégonia, J.C.P., 1956.II.9261.

leur était ainsi reconnu, ils hésitent et même renoncent à en tirer toutes les conséquences.

Il existe certes une limite à la compétence judiciaire. Pour que le contrôle de légalité soit possible, il faut nécessairement que la question soulevée se rattache à l'application de l'impôt dont les tribunaux judiciaires sont les juges. Il s'agit d'une limite tout à fait analogue à celle que nous avons rappelée pour l'exception d'illégalité en matière pénale. Mais une fois cette condition remplie, il n'est pas d'acte qui puisse être soustrait au contrôle judiciaire. C'est ce que nous voudrions préciser maintenant par l'examen de deux difficultés particulières qui ont donné lieu à des débats jurisprudentiels récents : d'une part, l'exercice par l'Administration de l'enregistrement de son droit de préemption et d'autre part la valeur des décisions du Comité du Tarif douanier.

A. — LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE L'EXERCICE DU DROIT DE PRÉEMPTION.

Actuellement prévu par l'article 1904 du Code général des Impôts, le droit de préemption de l'Administration de l'Enregistrement est une arme extrêmement efficace contre la fraude fiscale. Lorsque l'Administration estime insuffisant le prix de vente déclaré d'un bien immobilier ou à caractère immobilier, elle est autorisée à acquérir elle-même ce bien pour le prix déclaré, augmenté d'un dixième. Certains recours élevés contre l'exercice de ce droit ont mis en question l'étendue de la compétence judiciaire dans le contentieux de l'enregistrement.

Plusieurs auteurs, dont M. Morange (29), ont estimé que l'examen de légalité de la décision administrative excédait le cadre normal de la compétence judiciaire et que par sa nature « de décision administrative exécutoire », l'acte de l'Administration de l'Enregistrement échappait au contrôle judiciaire, limité à l'assiette, à la liquidation ou au recouvrement des droits.

Placés devant ce délicat problème de frontière, les juges du fond ont habilement mais fermement revendiqué leur compétence. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a en effet jugé (30) que « les difficultés provoquées par l'exercice du droit de préemption ne s'élèvent qu'à l'occasion de la perception du droit de mutation, consécutive à la présentation de l'acte de vente à la formalité... ».

(29) Notes au D. 1947.J., pp. 190 et 293, et au D. 1949.J., p. 485. Une opinion analogue est exprimée dans une note signée L.H., au J.C.P., 1951.II.6256.

(30) 17 janvier 1949, Pujol c/ Adminis. de l'Enregistr., D. 1949.J.480 (2^e esp.).

Et l'argument fut repris par le Conseil d'Etat dans un considérant exceptionnellement fourni en motifs : « ... en raison de l'atteinte grave que la faculté accordée à l'enregistrement par l'article 188 *bis* C. gén. enreg. (actuel art. 1904) d'exercer un droit de préemption sur l'immeuble vendu porte au droit de propriété, et eu égard au lien étroit existant entre l'assiette des droits d'enregistrement et l'exercice de cette faculté, c'est aux tribunaux judiciaires, en l'absence d'une disposition législative donnant compétence en cette matière à la juridiction administrative, qu'il appartient de connaître des litiges relatifs au droit de préemption » (31). Certes, il est possible que dans cet arrêt de 1950, le Conseil d'Etat ait obéi à cette préoccupation de dégagement de son rôle que nous avons déjà signalée. Mais l'affirmation du principe de la compétence générale judiciaire en matière d'enregistrement reste précieuse, même mêlée à la théorie des tribunaux judiciaires, gardiens de la propriété privée, qui paraît moins à sa place ici que dans les hypothèses de dépossession forcée (32).

Il est vrai que dans ses arrêts de 1952 et de 1957, la Cour de cassation a donné de cette question des solutions plus nuancées qui ont prêté à des interprétations divergentes (33). Pourtant, lorsque la Cour suprême qualifie elle-même la décision de préemption d'acte dépendant « du pouvoir discrétionnaire attribué en la matière à l'Administration de l'Enregistrement », c'est parce qu'elle s'estime d'abord compétente pour apprécier la validité de l'acte discuté et préciser son caractère au regard de la classification des actes administratifs. Si elle ajoute qu'« il n'appartient pas aux tribunaux de l'ordre judiciaire de contrôler l'appréciation que fait la Régie de l'insuffisance du prix déclaré au contrat », c'est qu'elle reconnaît en l'espèce, tout comme aurait pu le faire une juridiction administrative, un pouvoir discrétionnaire à l'administration (34).

L'appréciation que la Cour de cassation fait ainsi du pouvoir reconnu à l'Enregistrement paraît d'ailleurs devoir être révisée. En effet, la récente loi du 27 décembre 1963 vient d'organiser une

(31) Desbrosses, 22 décembre 1950, J.C.P., 1951.II.6256.

(32) La motivation intégrale de l'arrêt Desbrosses a cependant été reprise par la Cour d'Amiens statuant sur renvoi de cassation : 18 juin 1959, ép. Lucan c/ Enreg.

(33) Com., 5 août 1952, Maridat, J.C.P., 1952.II.7337. Com., 5 février 1957, ép. Lucan, J.C.P., 1957.II.9876, note L.D.

(34) La Cour de cassation avait déjà admis en 1950 le principe de la recevabilité de l'action en rescision contre l'Administration ; voir sur l'ensemble de la question P. BRETON, *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, 1964, p. 39 et suiv.

procédure d'expertise contradictoire confiée à trois experts pour vérifier éventuellement le bien-fondé des évaluations de l'administration en matière d'immeubles et de fonds de commerce. Il en résulte que les décisions des directeurs des impôts en ce domaine cessent de relever d'un pouvoir discrétionnaire et sont par conséquent susceptibles, en tous leurs éléments, du contrôle des tribunaux judiciaires.

B. — LE CONTRÔLE DES DÉCISIONS DU COMITÉ SUPÉRIEUR DU TARIF DES DOUANES.

En matière douanière, le Comité supérieur du Tarif, créé par le décret du 8 décembre 1948 pour prendre la place de l'ancien comité d'expertise légale, a pour mission, en cas de désaccord entre l'Administration et le redevable, sur la valeur des marchandises soumises aux droits de douanes, de fixer cette valeur. La question s'est posée de savoir de quels recours les décisions de ce comité étaient susceptibles et quelles juridictions étaient compétentes pour en connaître.

Par deux arrêts du 2 avril 1954 (35), le Conseil d'Etat n'a pas manqué de juger « que les décisions que le Comité est appelé à prendre sont partie intégrante de la procédure de perception des droits de douanes, que par suite, en vertu des dispositions ci-dessus rappelées, il n'appartient qu'aux tribunaux de paix, juges de droit commun des litiges en matière de douanes, de statuer sur les réclamations dirigées contre lesdites décisions ». Cependant, les tribunaux civils statuant sur les appels des décisions rendues en la matière par les juges de paix, ont paru d'abord vouloir borner leur contrôle à la légalité externe des décisions déferées, dont le contenu leur paraissait devoir s'imposer « de façon absolue aux juges » (36).

Des commentateurs autorisés (37) ont regretté cette réserve, historiquement explicable par les dispositions de l'ancien article 91 du Code des Douanes prévoyant que le Comité décidait en dernier ressort. Mais ce texte ayant été supprimé, le comité ayant changé

(35) Valleys et Liebermann, D. 1954.J.352, note Le Roy, S.A.R.L. Heppner, Act. Jur. Dr. Adm., 1954.J.177.

(36) T. civ., Le Havre, 1^{er} décembre 1955, Soc. les sucres de R. Bauzin, D. 1956.J.423, note Le Roy, G.P., 1956.2, S. 21. T. civ., Lille, 2 octobre 1956, Valleys et autres, J.C.P., 1957.J.9726, note Vienne, Act. Jur. Dr. Adm., II.23, note Drago, D. 1957.J.272, note Le Roy. T. civ., St-Jean-de-Maurienne, 3 juillet 1956, Vignaud, J.C.P., 1957.J.9783, concl. Blondet.

(37) R. PINTO, note s/ C.E. S.A.R.L., Heppner, Act. Jur. Dr. Adm., II.177. R. DRAGO note s/ T. civ., Lille, Act. Jur., 1957.II.24. R. GEORGES-ÉTIENNE, G.P., 1956.2, D. 53.

de nom, ses décisions n'ont plus de raison valable d'être toujours jugées souveraines. Lorsqu'un élément de la décision du Comité supérieur du tarif est contesté devant eux, les tribunaux doivent en vérifier la légalité. L'un des jugements que nous venons de citer montrait bien d'ailleurs que l'examen général de telles décisions n'excède en rien les capacités judiciaires. Le Tribunal civil de Saint-Jean de Maurienne, avant de décliner finalement sa compétence, avait pris soin d'examiner successivement tous les griefs relevés contre la décision contestée et les avait expressément rejetés.

En l'occurrence, c'est la Cour de cassation qui devait elle-même lever les scrupules des juridictions inférieures et se rendre aux arguments de la doctrine. Par arrêt du 5 janvier 1959 (38), elle a ouvert la voie au contrôle judiciaire réel des actes du Comité du Tarif en jugeant que « les décisions de ce comité doivent nécessairement être motivées afin de mettre les tribunaux en mesure de se prononcer tant sur leur régularité formelle que sur leur bien-fondé ». Si l'on en juge par la jurisprudence ultérieure, les juges civils n'attendaient que ce signal et le contrôle judiciaire intégral paraît maintenant acquis (39).

Une réserve doit toutefois être faite. L'Administration des Douanes n'a pas vu sans déplaisir la nouvelle jurisprudence des tribunaux judiciaires s'instaurer et n'est pas restée sans réaction. Des dispositions tendant à lier les tribunaux par les « constatations matérielles ou techniques de la commission relative à l'espèce, la valeur et l'origine des marchandises et par les appréciations de fait portant sur la valeur » ont été insérées dans le projet de loi de finances de 1963. En raison des oppositions qui se sont manifestées cette partie du projet a été disjointe de l'ensemble. Il est difficile de dire quelle sera l'issue finale de ces controverses, on doit seulement relever ici et le prix que les autorités financières de l'Etat attachent au maintien de leur autonomie d'appréciation en ce domaine et l'importance corrélatrice du pouvoir actuellement reconnu aux juges de l'ordre judiciaire (40).

(38) Com., 5 janvier 1959, Succrs de Robert Bauzin, J.C.P., 1959.II.10976.

(39) T. inst., Paris, 22 septembre 1960, G.P., 1961.I.133, Adlington et Soc., The General Transports. C.A., Douai, 28 février 1961, Vandervorst, G.P., 1961.I.299, 22 novembre 1961, Tromont, G.P., 1962.2.68. T. Pol. Huningue, 30 mai 1963, Soc. Dauzas et Cie, G.P., 8 novembre 1963. Cette jurisprudence s'applique *a fortiori ratione* en matière pénale : T. cor. Seine, 11 janvier 1960, Douanes c/ X..., G.P., 1960.I.153.

(40) R. DRAGO, *Les projets de réforme du Comité supérieur du tarif douanier*, *Chronique douanière in Rev. Trim. Dr. Européen*, 1965, n° 2, p. 282.

§ 3. — L'extension du contrôle de légalité au contentieux parafiscal.

Ce large pouvoir d'appréciation des actes administratifs en matière fiscale, il n'existe pas de raison sérieuse de ne pas l'admettre à l'égard des actes administratifs contestés dans le contentieux parafiscal dont ils sont juges. Dès lors en effet que les juges civils sont compétents pour l'application d'une taxe ou d'une contribution parafiscale, ils se comportent comme juges d'un impôt et jouissent comme tels de la plénitude de juridiction qui leur est reconnue dans le domaine fiscal classique. Sur ce point aussi, la doctrine est constante (41).

La difficulté, nous l'avons déjà marqué, vient de la délimitation imprécise du contentieux parafiscal. La jurisprudence judiciaire témoigne à l'égard de ces matières d'une hésitation et d'une retenue assez compréhensibles quand on constate l'inachèvement et l'incertitude qui caractérisent le statut général des taxes parafiscales. Jusqu'à présent, dans ce domaine, les tribunaux ne se reconnaissent que rarement en possession de tous les attributs du juge fiscal (42). En matière de sécurité sociale en particulier, la Cour de cassation a pris une position restrictive, considérant que les juridictions spécialisées n'exercent qu'une justice partagée. Les questions de légalité administratives sont donc renvoyées encore aux tribunaux administratifs (43).

Mais l'évolution que nous avons observée dans le contentieux fiscal classique ne peut manquer de se produire dans le contentieux parafiscal. Les Tribunaux judiciaires ne négligeront pas les invitations plus ou moins discrètes dont ils seraient l'objet de la part du Conseil d'Etat ou du Tribunal des Conflits en vue de modifier

(41) WALINE et LAFERRIÈRE, *Traité Elém. de Sc. et de Lég. Financ.*, 1952, p. 247. R. DRAGO, note à Act. Jur., 1954.II.445, n° 414. H. DAVOST, *Dr. Soc.*, 1957, p. 532.

(42) Par exemple : taxes dues à l'Office interprofes. de Distribution liquidées par la Caisse autonome de recouvrement des Comités d'organisation : Civ. Sect. com., 13 mars 1951, C.A.R.C.O. c/Manufactures de Saint-Etienne, *Dr. Soc.*, 1951, p. 586, Civ. Sect. Com., 19 mai 1953, Soc. La Ruche Picarde c/ C.A.R.C.O., S., 1954.II., note R. Drago.

(43) En matière de séc. soc. : Civ., 17 janvier 1953, Martin Amilcar c/ C.P.S.S., de Lyon (sol. implicite) et la note de M. Vedel, J.C.P., 1953.II.7644, et Civ., 8 juin 1955, Bosse, J.C.P., 1955.IV, éd. G. 106.

En matière d'allocations familiales agricoles : Civ., 2° sect., 12 mars 1954, Baudry c/ Sabourdy. D. 1954.J.362 et Act. Jur. Dt Adm., II, 445, n° 414.

En matière de taxes dues aux centres techn. prof., Civ. sect. civ., 22 octobre 1957, Soc. Lajoinie c/ Centre Technique des Industries de la Fonderie, B. Civ., 1957.I, n° 338, p. 313.

leur position. Dès que l'on quitte les affaires pénales, les juges de l'ordre judiciaire se montrent attentifs aux réactions de l'ordre voisin et préfèrent avant de s'engager dans de nouvelles voies juridictionnelles, recevoir l'assurance que leur extension de compétence est infiniment plus souhaitée que crainte. Cette étape de la jurisprudence devrait être franchie en même temps que celle d'une claire et définitive démarcation des contentieux au fond. Les deux questions sont étroitement liées. Quand elles seront résolues, de nouvelles possibilités d'examen de la légalité administrative seront alors offertes aux juges civils qui seront ainsi appelés à jouer un rôle très important de définisseurs de la légalité dans les relations entre l'Etat et les autres collectivités publiques d'une part et les organismes semi-publics contrôlés par ces mêmes collectivités d'autre part.

CHAPITRE III

L'EXCEPTION D'ILLEGALITE EN MATIERE CIVILE

SECTION I

LE PRINCIPE GENERAL DE L'INCOMPETENCE DES JURIDICTIONS CIVILES POUR STATUER SUR L'EXCEPTION D'ILLEGALITE ADMINISTRATIVE

Il est généralement admis qu'en matière civile le problème des questions préjudicielles de nature administrative est résolu depuis 1923. Et il est bien vrai que le droit positif n'a pratiquement pas varié depuis le grand arrêt Septfonds (1). Déférant aux règles générales que le Tribunal des Conflits a fixées avec clarté et précision, les tribunaux civils ne se reconnaissent plus le droit d'apprécier la légalité des règlements administratifs et encore moins des actes individuels de l'Administration.

C'est bien la première observation qui vient à l'esprit lorsqu'on évoque la décision de 1923, qu'un arrêt de principe, précédé d'autant de variations jurisprudentielles, ait obtenu aussi promptement et aussi totalement l'adhésion des juges de l'ordre judiciaire (2).

(1) Confl., 16 juin 1923, S. 1923.349, note Hauriou, D. 1924.341, concl. Matter.

(2) Les hésitations marquées encore avec quelque candeur dans certains jugements (... Attendu en droit que si, en matière répressive, l'article 471, § 15 du Code pénal confère aux tribunaux de l'ordre judiciaire le droit de se prononcer sur la légalité de certains actes de l'autorité administrative, les limites, en matière civile, de leurs pouvoirs quant à semblables appréciations, n'ont pas encore été déterminées de manière certaine et définitive, même par la juris-

Il ne faut pas oublier en effet que pendant un siècle c'est une solution très différente de celle de l'arrêt Septfonds qui a prévalu. Il n'est sans doute pas nécessaire de reprendre ici l'histoire de la jurisprudence antérieure à 1923 : on ne pourrait que démarquer le travail de M. Patureau-Mirand (3). On rappellera cependant que dès 1825 pour les règlements municipaux (4), dès 1827 pour les ordonnances royales (5) et surtout par le retentissant jugement du Tribunal de Commerce de la Seine se refusant à appliquer l'ordonnance du 25 juillet 1830 sur la Presse (6), les juridictions civiles ou commerciales affirmèrent leur pouvoir d'apprécier la légalité des règlements administratifs. Ces mêmes juridictions jugeaient toutefois dans le même temps qu'elles « ne sauraient connaître d'un acte administratif » (7), marquant ainsi la différence essentielle qui à leur yeux opposait les actes réglementaires de l'Administration, partie intégrante de la légalité, aux actes individuels, mesurés proprement administratifs.

C'est sur cette distinction d'ailleurs que reposait toute l'argumentation de la compétence judiciaire à l'égard des règlements. Jusqu'à la veille de l'arrêt Septfonds, lorsqu'ils ont eu à justifier leur droit de contrôle de la validité des actes administratifs à caractère réglementaire, les juges civils n'ont jamais manqué de relever que « les règlements ne constituent pas des actes administratifs spéciaux et individuels... mais des dispositions générales, rendues en vertu du pouvoir réglementaire de l'Administration, qui participent ainsi du caractère de la loi » et « qu'il appartient dès lors à l'autorité judiciaire, non seulement d'en faire l'application, quand leurs dispositions sont claires et précises, mais encore d'en apprécier la légalité et d'en interpréter le sens... » (8). Si au con-

prudence récente... J.C.P., 1948.J.4878) ne doivent pas tromper : l'exception est toujours rejetée et en tous cas la Cour de cassation se tient à ce principe : 1^{re} Sect. civ., 21 février 1956, Faydit-Grossieu de Bouville. B. Civ. I, n° 85, p. 69 : seule l'autorité administrative peut dire si l'acceptation de l'association donataire doit être autorisée par décret ou par arrêté préfectoral ; 1^{re} sect. civ., 20 novembre 1956, Terray, B. Civ. I, n° 419, p. 335 : la légalité des décisions du Conseil national de l'Ordre des Médecins ne peut être appréciée que par la juridiction administrative.

(3) Thèse, p. 71 et suiv.

(4) Civ., 22 février 1825, S. 1825.I.54.

(5) C.A., Nancy, 26 juillet 1827.

(6) T. Com., Seine, 28 juillet 1830, S. 1830.2.223.

(7) Formule habituellement employée dans les décisions citées au Répertoire Dalloz, éd. 1848, T. XX, Compétence administrative, n° 183, p. 493, en notes 1 et 2 et p. 494, en notes 1 et 2.

(8) Cass. civ., 24 octobre 1917, Guillon c/Préfet de la Seine, S. 1918-1919.I. 193. Cass. civ., 9 novembre 1921, Sémichon c/Adm. des Chemins de Fer de l'Etat, D.P., 1923.I.149 (4^e esp.), S. 1922.I.241 (1^{re} esp.) et Dames c/Chemins de fer du Midi, D.P., 1923.I.149 (5^e esp.), S. 1922.I.241 (2^e esp.).

traire les mesures administratives en cause n'offraient pas « le caractère général du règlement administratif procédant d'une délégation de la loi », si elles se présentaient comme des « actes administratifs, proprement dits, spéciaux et individuels », l'appréciation de leur légalité était renvoyée à la juridiction administrative (9).

On notera que l'arrêt Septfonds n'a pas condamné cet argument central du règlement qui « participe également du caractère de l'acte législatif, puisqu'il contient des dispositions d'ordre général et réglementaires ». Mais ce recours au caractère commun de généralité que revêtent les dispositions de la loi et celles du règlement ne devait pourtant guère survivre à l'arrêt Septfonds. Le rapporteur de l'arrêt, le conseiller Matter, le rejetait nettement et si Hauriou croyait encore devoir le tenir pour fondamental, il faut bien constater sa disparition à peu près totale dans la jurisprudence ultérieure. Le Tribunal des Conflits a sans doute eu en 1923 le grand mérite d'apporter, au-delà de la solution d'espèce, un principe simple d'application aisée, mais il n'a peut-être pas pris garde suffisamment à la circonstance que le droit de contrôler et le droit d'interpréter sont bien différents et qu'il était hasardeux de décider sur l'un et sur l'autre à partir d'un argument unique. Ce qui était parfaitement valable et qui l'est resté en ce qui concerne l'interprétation des règlements et des lois, soumise, pour les uns et les autres, aux mêmes règles, ne l'était pas nécessairement pour le contrôle de légalité, devant lequel toute tentative d'assimilation de la loi et du règlement se heurte à l'objection fondamentale, déjà soulignée, de l'incontestabilité de la loi devant les tribunaux.

Cependant, malgré les critiques qui peuvent être faites sur sa motivation, l'arrêt Septfonds, en ce qui concerne le contrôle de légalité des actes administratifs, s'est imposé avec une exceptionnelle autorité. La règle fixée est tenue pour absolument générale et les tribunaux en font une rigoureuse application, en sorte que le respect de l'acte administratif devant les juridictions civiles confine parfois à l'abus et au déni de justice. Une espèce récente en donne un bon exemple.

Dans un litige opposant deux sociétés de publicité se disputant le droit d'apposer des affiches sur des palissades protégeant, sur la voie publique, des travaux de construction, et alors que la régularité du monopole accordé par la ville à l'une des deux sociétés est contestée, le juge des référés décide cependant que cette concession « sortira ses pleins effets ». Or, il est bien évident, comme

(9) Civ., 14 février 1922, Chemins de Fer de l'Etat c/ Latour, D. 1923.I.149 (2^e esp.).

le fait observer M. Vedel, que la juridiction des référés aurait dû se déclarer incompétente au fond, en reconnaissant le caractère sérieux de l'exception soulevée et la renvoyer à la juridiction compétente au fond (10). Ainsi l'habitude prise par les juridictions civiles de s'écarter de toute critique d'un acte administratif peut aboutir à l'absence de tout recours juridictionnel à l'égard de cet acte.

Quelques applications vicieuses du principe qu'il a établi ne suffiraient pas toutefois pour remettre en question l'arrêt Septfonds. Mais il y a aujourd'hui d'autres raisons de poser à nouveau le problème de l'exception d'illégalité des actes administratifs en matière civile et de souhaiter des solutions plus nuancées que celles données en 1923, pour ne pas dire très différentes. Ces raisons se rattachent toutes au phénomène général du démantèlement progressif des frontières classiques du contentieux judiciaire et du contentieux administratif : il convient cependant de les examiner de plus près.

SECTION II

LES RAISONS ACTUELLES D'UNE REMISE EN CAUSE DE LA JURISPRUDENCE SEPTFONDS

En quarante ans, les données concrètes du problème de l'exception d'illégalité en matière civile se sont considérablement modifiées. Tantôt sur l'ordre de la loi, tantôt sur la pression des circonstances, le contentieux judiciaire s'est enrichi de procédures que la division classique des compétences ne lui destinait point. Par ailleurs, les relations de droit privé sont devenues assez largement susceptibles d'intervention des autorités administratives, par voie du contrôle de tutelle notamment. Ainsi un plus grand nombre d'activités administratives ou de conséquences d'activités administratives sont maintenant de la compétence judiciaire civile en même temps qu'un plus grand nombre de décisions administratives courent le risque d'être critiquées au cours d'instances civiles par nature.

Comment le problème de fond de l'exception d'illégalité en matière civile a pu se ressentir sérieusement des nouvelles occasions qui lui sont données d'être posé, c'est ce que nous voudrions étudier en distinguant trois hypothèses principales suivant la

(10) Réf. Strasbourg, 1^{er} mars 1962, Soc. Schler et fils c/ Société Bendler et Klaiber, J.C.P., 1962.II.12643.

nature des procédures dans lesquelles l'acte administratif est contesté. En premier lieu, on examinera les données particulières du problème dans les procédures de mise en jeu de la responsabilité administrative devant les tribunaux civils, en second lieu dans les procédures intéressant des personnes ou des organismes contrôlés par l'administration, en dernier lieu dans les litiges où l'acte administratif est par hypothèse un intrus, c'est-à-dire dans les matières judiciaires dites réservées : état des personnes, liberté individuelle, propriété privée.

**§ 1. — L'exception d'illégalité devant le juge civil
dans le contentieux de la responsabilité administrative
dévolu aux tribunaux judiciaires.**

Nous n'envisagerons sous cette rubrique que les matières dans lesquelles la responsabilité de la puissance publique est engagée par des actes, matériels ou juridiques, imputables à des agents ou à des autorités administratives, *stricto sensu*, et qui se caractérisent par l'opposition de la nature de la responsabilité, qui est administrative, et de son régime juridictionnel qui est judiciaire. C'est le domaine des « régimes spéciaux de responsabilité » qui groupe la responsabilité du fait des attroupements (Loi du 16 avril 1914), la responsabilité du fait des dommages causés aux élèves des écoles publiques (Loi du 5 avril 1935 et la jurisprudence de l'arrêt Naliato), la responsabilité, enfin, du fait des véhicules de l'Administration (Loi du 31 décembre 1957), pour ne citer que les trois régimes principaux de cet ensemble. Les deux derniers, les plus importants d'ailleurs, sont largement postérieurs à l'arrêt Septfonds.

En faveur du contrôle incident de la légalité administrative à l'intérieur de ce contentieux, il y a un argument de texte. Chaque fois, c'est une loi spéciale qui a conféré en ces espèces un pouvoir particulier d'appréciation aux tribunaux judiciaires. La dernière de ces lois, celle du 31 décembre 1957, débute ainsi : « Par dérogation à l'article 3 de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, les tribunaux de l'ordre judiciaire sont seuls compétents pour statuer sur toute action en responsabilité... ». N'en faut-il pas conclure que l'interdiction générale qui est faite à l'ordre judiciaire de connaître des actes administratifs se trouve exceptionnellement levée ?

A la vérité, ni les promoteurs, ni les commentateurs de la loi n'ont envisagé un tel affranchissement des principes habituels de séparation des contentieux. Au contraire, l'accent a été mis sur le

caractère exceptionnel de la dévolution de ce régime particulier de réparation aux juges civils. Il ne convient pas d'oublier que lors de la discussion du projet du nouveau Code de Procédure pénale, l'adjonction par l'Assemblée nationale du principe de compétence généralisée des tribunaux répressifs judiciaires pour statuer sur les conséquences pécuniaires d'un préjudice consécutif à une infraction pénale, « quelle que soit la personne physique ou la personne morale de droit public » en cause, fut finalement rejetée (11).

Mais il y a aussi un argument d'ordre pratique. A l'origine de l'attribution de ces contentieux particuliers de réparation il y a eu, plus ou moins suivant les cas, la volonté de hâter et de simplifier ces procédures. Comment alors admettre la possibilité de questions préjudicielles, c'est-à-dire le risque de retarder gravement la solution finale ? Or, ni l'argument de texte, ni l'argument pratique ne paraissent avoir arrêté la jurisprudence. Pour les juges, ces lois spéciales ne pouvaient avoir d'autre but que l'assimilation de certaines instances, autrefois administratives, au régime général de la responsabilité civile. Il en est résulté une privatisation prévisible de ce nouveau domaine judiciaire (12) et les règles de la procédure civile ont été appliquées dans leur intégralité, le refus d'admettre l'exception d'illégalité compris. Le Tribunal des Conflits a d'ailleurs très vite imposé ici son point de vue. Saisi de la difficulté en matière d'accidents de la circulation et plus particulièrement du point de savoir si l'agent se trouvait ou non dans l'exercice de ses fonctions au moment de l'accident, il a jugé la contestation sérieuse et décidé que la question était préjudicielle (13).

Quant à la doctrine la plus récente, elle ne se manifeste que par des opinions isolées et divergentes. M. Auby, précisant la portée de l'arrêt de Conflits du 13 juin 1960, délimitant la compétence judiciaire dans la fixation du dommage causé à un agent de la circulation, pose nettement que « si la loi de 1957 constitue une dérogation aux principes généraux de répartition des compétences entre les juridictions administratives et judiciaires, cette dérogation ne

(11) BLAEVOËT, J.C.P., 1958.I.1417. AUBY, D. 1958, Légis. 299.

(12) Elargissement du risque social dans les cas d'émeutes. Cf. Chr. M. VEDÉL au J.C.P., 1951.I.923, suppression de la distinction administrative de la faute personnelle et de la faute de service dans les cas de responsabilité des maîtres et des élèves, approuvée par le Trib. des Conflits, arrêt Dlle Cavillet du 31 mars 1950, J.C.P., 1950.II.5579, D. 1950.331 ; extension du régime de réparation du droit commun, expressément voulu par la loi d'ailleurs, dans les cas de responsabilité du fait des véhicules de l'Administration. T. Confl., 13 juin 1960, Cianelli, dame Vve Vallet, Scibirras, J.C.P., 1960.II.11744 et la note de M. Auby.

(13) Confl. Cie la Providence et dame Grima c/Duclos, D. 1962.J.265.

concerne que les litiges expressément visés par le texte : la compétence des autorités judiciaires, dont rien n'indique qu'elles aient ici plénitude de juridiction, ne saurait s'appliquer aux questions de droit public, distinctes des litiges pour lesquels cette compétence est établie par la loi. » (14). Toutefois, malgré l'autorité attachée à son auteur, cette prise de position ne semble pas exprimer toute la doctrine sur le sujet.

Ainsi, l'arrêt de Conflits du 20 novembre 1961 ne satisfait pas M. Leclercq (15), qui estime que de telles questions préjudicielles ne devraient pas avoir leur place dans ce contentieux particulier, à la fois en vertu de la dérogation générale contenue dans l'article premier de la loi du 31 décembre 1957 et aussi en vertu de l'unicité du régime juridique applicable, celui du droit civil. Ce commentateur considère d'autre part qu'il est tout à fait inexact de tenir pour accessoire la question de l'exercice des fonctions qui est au contraire principale puisqu'elle est l'une des conditions essentielles de la mise en jeu de la responsabilité de l'Administration. L'argument est repris par M. Guillot (16) dans un article général consacré à la délimitation de la compétence attribuée aux Tribunaux judiciaires par la loi du 31 décembre 1957 : la qualification de l'agent en service détermine la compétence judiciaire, elle doit être fixée *in limine litis*, lorsque le juge apprécie sa compétence au principal. Certes à son argumentation, M. Guillot ajoute une considération de fait — en pratique les cas susceptibles de faire difficulté sur ce point recouvrent des hypothèses limitées dans lesquelles les jurisprudences administratives et judiciaires donnent des solutions généralement concordantes — qui déplace la question de principe.

Ces prises de positions ne sont pas négligeables. Mais sont-elles vraiment susceptibles de se multiplier et d'aboutir rapidement à un renversement de la jurisprudence Septfonds appliquée au moins aux régimes spéciaux de responsabilité ? Nous ne le pensons pas, car une telle modification ne pourrait pas se cantonner au contentieux particulier qui l'aurait suscitée et ne manquerait pas de s'étendre pour provoquer une véritable catastrophe juridique que nos institutions juridictionnelles ne sont pas en mesure d'amortir. Nous avons vu dans le cas des juridictions pénales et fiscales que les raisons qui ont fondé le droit judiciaire d'examiner incidemment la validité des actes administratifs découlaient exclusivement des caractères propres à ces juridictions. Or en l'état actuel de son fonctionnement, la juridiction civile des régimes administratifs de

(14) Note sous confl. Cianelli, au J.C.P., 1960.II.11774.

(15) D. 1962.J.265.

(16) J.C.P., 1962, D. 1703.

responsabilité ne revêt aucun caractère spécifique et les tribunaux judiciaires s'attachent au contraire à la soumettre étroitement au droit commun.

S'il est permis d'espérer une réduction des hypothèses de renvoi à la juridiction administrative (17), il ne semble pas que l'on doive l'attendre d'une modification de la jurisprudence sur l'exception d'illégalité, mais seulement de la création d'un réseau de présomptions, analogue à ceux dont les tribunaux judiciaires ont enrichi le droit privé de la responsabilité. Toutefois si les solutions prétoriennes ne parvenaient pas à remédier efficacement aux menaces de trop nombreuses questions préjudicielles, il ne serait pas interdit de penser que le législateur puisse un jour intervenir pour élargir lui-même la brèche ouverte dans la loi des 16-24 août 1790. Sur le plan des principes, nous ne voyons pas ici d'autre moyen pour faire reconnaître la compétence judiciaire sur l'exception d'illégalité.

§ 2. — L'illégalité des décisions des autorités de tutelle dans les litiges relevant de la compétence judiciaire.

Si la reconnaissance de la compétence judiciaire à l'égard du fonctionnement de certains services publics est un peu antérieure à l'arrêt Septfonds (18), le développement de la notion de service public à gestion privée, à partir de la notion de service industriel et commercial, est beaucoup plus récente. C'est seulement depuis un peu plus d'une dizaine d'années que les jurisprudences, le plus souvent concordantes, du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits ont consacré le caractère de « rapports de droit privé » pour les relations existant entre certaines catégories de services publics et leurs usagers ou leurs personnels (19). Ce faisant, et en attribuant à l'existence de ces rapports de droit privé la valeur de critères essentiels de répartition des compétences, la juridiction administrative et la juridiction des conflits entendaient remettre aux tri-

(17) Comme nous y incite l'arrêt Caruelle qui a sans doute maintenu que la question de l'exercice ou non des fonctions est une question préjudicielle, mais qui semble laisser sans partage à la juridiction judiciaire l'appréciation de l'abus de fonctions, T. confl., 25 novembre 1963, J.C.P., 1964.II.13473.

(18) T. confl., colonie de la Côte-d'Ivoire, 22 janvier, D. 1921.3.1, S. 1924.3.34.

(19) On vise ici d'une part le groupe des arrêts : Caisse d'Allocations familiales de la Loire-Inférieure, C.E., 27 juillet 1951, J.C.P., 1952.2.7211, note J. Rivo. El Hamidia, C.E., 5 février 1954, J.C.P., 1954.II.8136, concl. Mosset. Lasry, T. Confl., 6 juillet 1957, G.P., 1957.2.308 et d'autre part : l'arrêt Naliato, T. confl., 22 janvier 1955, R.D.P., 1955.716, note Waline et D. 1956.J.58, note Eisenmann, pour ne citer que les plus retentissants.

bunaux judiciaires un contentieux d'où les actes administratifs seraient pratiquement exclus. En réalité les autorités administratives n'ont pas accepté aussi facilement que par l'effet d'un nouveau partage de compétence, le régime juridique de services, précédemment publics à tous points de vue, cesse totalement de relever d'elles. Elles ont bien marqué que tous les pouvoirs qui ne leur avaient pas été expressément ôtés pouvaient encore être exercés par elles et notamment le pouvoir de tutelle.

Il était alors inévitable qu'un nouveau problème surgisse, et celui-là plus délicat que celui de la délimitation générale d'une frontière. Celle-ci étant fixée, quel devait être le juge des actes administratifs intervenant, dans les matières dévolues aux tribunaux judiciaires, sur les questions soumises à la seule connaissance de ces tribunaux ? Le problème était essentiellement celui d'une opposition tranchée entre le régime de légalité externe de ces actes — pris par des autorités administratives en vertu de pouvoirs administratifs — et le régime de leur légalité interne — puisque statuant sur des « rapports de droit privé », ressortissant à la seule compétence des juridictions civiles.

Avant que le problème ne connaisse son actuelle acuité, il obtint de la Cour de cassation une solution, passée un peu inaperçue à son époque, — c'était en 1941 —, malgré son caractère assez révolutionnaire. L'espèce était un refus, par un abonné au courant électrique, de reconnaître, la validité d'un avenant homologué par règlement d'administration publique. La cour d'appel avait jugé cet acte administratif illégal, comme édictant une rétroactivité contraire à l'article 2 du Code civil. Or cette censure d'un acte administratif, si parfaitement contraire à la jurisprudence Septfonds, la Cour suprême devait l'approuver, affirmant qu'il appartenait « aux tribunaux de l'ordre judiciaire d'apprécier la légalité des règlements lorsque, comme en l'espèce, ils sont saisis d'une question de tarifs rentrant dans leurs attributions » (20). Quelques années plus tard un commentateur, généralement assez circonspect sur les extensions possibles de la compétence judiciaire apportait son approbation à cette jurisprudence, en isolant de la réglementation administrative, « les règlements particuliers ou qualitatifs », intervenant en matière économique ou sociale, dont il estimait « qu'il n'y aurait aucune anomalie à ce que les tribunaux judiciai-

(20) Req., 25 juin 1941, Soc. Béthunoise d'Eclairage et d'Energie c/ Bernard, G.P., 1941.2.74, la question de la compétence au fond des tribunaux civils sur les relations entre un abonné et la société concessionnaire ne faisant plus de doute depuis l'arrêt du C.E., Union Hydro-Electrique du Constantinois, 5 novembre 1937, Rec., p. 846, S. 1938.3.65, note Laroque.

res connaissent de leur validité » (21). Le même auteur considérerait « que le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas violé par la compétence judiciaire pour juger de la validité des règlements particuliers : au contraire, entendu comme règle de division du travail, il semble alors recevoir application, puisqu'il s'agit au fond de l'appréciation de la validité de conventions ».

L'arrêt de 1941 n'eût pas la postérité que les circonstances auraient pu lui offrir. La jurisprudence judiciaire paraît avoir très vite renoncé à s'écarter d'une rigoureuse application de l'arrêt Septfonds et c'est la jurisprudence administrative, déjà citée, qui devait relancer le problème. Il appartenait à la juridiction des Conflits de la trancher. Elle l'a fait par une décision qui a plus d'un intérêt (22).

Il faut reconnaître que l'espèce (en fait il y en avait plusieurs, mais leurs données étaient identiques) offrait l'exemple idéal des difficultés que nous venons d'exposer. Le secrétaire d'Etat au travail et à la Sécurité Sociale, ayant annulé la délibération du conseil d'administration de la Caisse régionale de Sécurité Sociale de Toulouse, prononçant le reclassement d'une demoiselle Albaut et fixant son coefficient hiérarchique, celle-ci avait assigné la Caisse devant la juridiction prud'homale à l'effet de voir la Caisse condamnée à verser à la demanderesse un rappel de salaires égal à la différence entre les émoluments correspondants au coefficient hiérarchique qui lui avait été attribué par le Conseil d'Administration (et retiré par l'effet de la décision ministérielle) et le salaire effectivement versé. Nous avons là tous les éléments du problème qui nous intéresse. D'abord il s'agit d'un service public, à caractère social, qui fonctionne, dans ses relations avec son personnel (comme d'ailleurs avec ses usagers) suivant les règles du droit privé. Il s'agit ensuite d'une décision ministérielle, prise en vertu de pouvoirs relevant de la puissance publique, reconnus à son auteur par l'article 171 du Code de la Sécurité Sociale et dont le caractère de décision administrative n'est pas et ne peut être contesté. Il s'agit enfin d'une décision qui porte sur l'une des questions qui relèvent exclusivement de la compétence judiciaire.

C'est à ces trois difficultés essentielles, relevées par le Tribunal des Conflits avec le plus grand soin et la plus grande précision, que l'arrêt répond. La décision tient elle-même en trois propositions. La première c'est que la décision administrative en cause n'a en tant que telle qu'un seul juge, le juge administratif auquel appartient seul l'appréciation de la légalité administrative de l'acte. La

(21) Chr. Blaevoët, note au J.C.P., 1948.II.4278.

(22) T. confl., 19 mai 1958, Dlle Albaut, J.C.P., 1958.II.10658.

seconde, c'est que devant la juridiction compétente au fond cette décision est en principe dépourvue d'effet. La troisième, qui tend à éliminer l'inconciliabilité des deux premières, c'est que l'autorité administrative ne doit pas être écartée du débat judiciaire : elle peut ou intervenir à l'instance en cours ou former tierce-opposition. C'est évidemment cette troisième proposition qui est seule véritablement originale.

Il est essentiel, certes, de relever que les tribunaux judiciaires ne sont toujours pas compétents pour statuer en matière civile sur l'exception d'illégalité administrative, même lorsque l'acte contesté intervient dans un domaine strictement régi par le droit privé. Mais la portée de cette fidélité de principe à l'arrêt Septfonds est bien limitée. Elle l'est par l'attitude de la juridiction administrative qui ne se reconnaît compétente à l'égard de tels actes que si leurs auteurs peuvent se prévaloir de pouvoirs exprès : le Conseil d'Etat dénie par exemple le caractère d'acte administratif à la décision d'un maire refusant l'autorisation de branchement sur le réseau communal d'eau potable (23). Elle l'est plus encore par la deuxième proposition de l'arrêt demoiselle Albaut. Si en effet l'exception d'illégalité demeure de la seule compétence administrative, elle n'est plus considérée comme une véritable question préjudicielle, puisqu'il n'est plus nécessaire de surseoir au fond et de renvoyer la contestation d'ordre administratif devant la juridiction de son ordre, le tribunal judiciaire saisi passant outre à l'exception et statuant au fond, en ne tenant compte, éventuellement, que de l'intervention de l'administration devenue partie à l'instance civile.

C'est cette possibilité nouvelle d'un débat judiciaire contradictoire avec l'Administration qui donne à l'arrêt de 1958 son importance majeure. En fermant, en fait, la porte à l'exception par la suppression du renvoi obligatoire, tandis qu'elle ouvre, en droit, le prétoire judiciaire à l'administration, la décision réalise ainsi à l'intérieur d'un contentieux donné, cette unité de régime juridique et cette unité de contrôle juridictionnel, si souvent recherchées et si rarement obtenues. Par son recours ingénieux aux moyens offerts par la procédure civile, par sa volonté d'adapter les principes aux nécessités d'une justice efficace, l'arrêt demoiselle Albaut représente une étape considérable vers la solution finale des problèmes de concurrence entre les deux juridictions.

Mais ce progrès certain réalisé par la décision de principe ne va pas sans quelques difficultés d'application. Devant l'obstacle d'un acte administratif émanant d'une autorité de tutelle, la difficulté

(23) C.E., Dame Agnesi, 21 avril 1961, D. 1962.J.535.

centrale est désormais de décider si la question de droit administratif soulevée doit être tenue ou non pour préjudicielle et la réponse sera négative ou positive selon qu'il sera jugé que la compétence judiciaire au fond est exclusive ou non. Or des décisions postérieures à 1958 ont montré combien cette notion de compétence judiciaire exclusive au fond est complexe. Retenons simplement l'exemple des difficultés relatives à la validité des extensions de conventions collectives. Ces dernières sont, on le sait, susceptibles d'extension par arrêté ministériel. Mais devant quel juge cet arrêté peut-il être contesté ? Devant les tribunaux judiciaires, juges de droit commun en matière de droit du travail ou devant les tribunaux administratifs juges naturels des décisions ministérielles ? Le Tribunal de la Seine, et, sur appel, la Cour de Paris, ont, en 1959 et 1962, cru devoir considérer en l'espèce plus la forme de la décision d'extension que sa nature profonde et ont décliné leur compétence. La Doctrine de Droit social, en la personne de M. Brethe de la Gressaye (24) les critique et déplore qu'une distinction ne soit pas faite. Si la convention est seulement étendue, sans atteinte à son contenu normatif, la décision d'extension n'ôte aucun de ses caractères propres à la source de droit privé qui doit continuer à relever exclusivement de son juge. Si, par contre, la convention est modifiée, par exclusion de clauses considérées comme illégales ou inopportunes par l'autorité administrative, celle-ci agissant comme puissance publique, le contrôle de la juridiction administrative s'impose.

L'application de la nouvelle jurisprudence des Conflits oblige ainsi le juge civil, avant de parvenir à la délimitation de sa propre compétence, à rechercher si la juridiction administrative, saisi de l'acte administratif, pourrait ou non décider de la légalité interne de l'acte. Si le juge civil estime qu'à son tour la juridiction administrative aurait à renvoyer à l'autorité judiciaire la question du fond de l'acte, il ne doit pas tenir alors la question pour préjudicielle et il doit se déclarer exclusivement compétent. Au contraire si le juge civil estime que la juridiction administrative dispose d'une compétence concurrente ou particulière pour apprécier le fond de l'acte administratif, il doit juger la question préjudicielle et en renvoyer la connaissance à la juridiction administrative (25). L'arrêt de 1958 n'apporte pas aux tribunaux judiciaires une solution de

(24) T. civ., Seine, Synd. nat. des notaires c/Fédér. nat. du personnel des profes. judic., 15 avril 1959, J.C.P., 1959.II.11320, concl. Souleau. C.A., Paris, 4 juillet 1962, D. 1962.J.670, note Brethe de la Gressaye.

(25) Comme exemple d'une application récente de la jurisprudence, demoiselle Albant : C.A., Paris, 13 juin 1963, J.C.P., 1963.II.13339, R.T.F., c/Savarit dit C. Darget.

facilité et fait au contraire retomber sur eux et eux-seuls toute la responsabilité de l'avenir de cette jurisprudence.

Pour rester dans le cadre de nos recherches, nous ne pouvons en définitive que constater que l'arrêt demoiselle Albaut n'offre pas aux tribunaux judiciaires de nouvelles occasions de se prononcer sur la légalité spécifique des actes administratifs, la seule modification apportée aux règles de l'arrêt Septfonds affectant le renvoi à la juridiction administrative, non la compétence exclusive de cette dernière, qui demeure inchangée.

§ 3. — L'exception d'illégalité dans les matières judiciaires civiles réservées.

Nous venons de constater que les raisons récentes de remise en cause de l'arrêt Septfonds, si elles avaient pu aboutir à des acquisitions jurisprudentielles originales, n'avaient cependant pas conduit à modifier le principe posé en 1923. Les autorités administratives sont donc toujours en mesure d'apporter une gêne, parfois grave, à la bonne marche de procédures civiles, sous la seule restriction que leurs actes se voient reconnus le caractère administratif. Ne se peut-il qu'aucun canton du domaine judiciaire ne soit vraiment à l'abri de ces entraves possibles ?

La question mérite d'être encore posée à propos de ces provinces très jalousement gardées de la compétence judiciaire où se jugent, comme à huis clos, les contestations portant sur l'état des personnes, la liberté individuelle et la propriété privée. L'acte administratif incident peut-il avoir pour effet de briser cette omnipotence juridictionnelle ? Au contraire, le Tribunal civil saisi peut-il s'autoriser de la nature des questions débattues pour négliger le caractère administratif de l'acte contesté et porter sur lui le jugement demandé ?

Une première observation doit être faite. Le domaine des « matières judiciaires réservées » est-il parfaitement homogène et soigneusement délimité ? En réalité il est tout à fait vague et sa seule notion est insusceptible de caractériser une procédure donnée. Sans doute l'habitude s'est-elle instituée de réunir sous ce vocable les actions qui ont trait à la capacité ou à l'état des personnes, à leur droit à la liberté individuelle et à la propriété privée. Mais en l'état actuel de la répartition des contentieux, il serait tout à fait inexact d'affirmer que l'ensemble des litiges auxquels ces matières peuvent donner lieu ressortissent à la compétence judiciaire. Un bref rappel de quelques règles aujourd'hui applicables donnera

beaucoup plus l'impression d'une concurrence des deux ordres de juridiction que d'un monopole de l'un d'eux.

Pour ce qui touche à l'état des personnes, on n'oublie pas que le contentieux des décrets de naturalisation (26), le contentieux de la reconnaissance ou de la confirmation des titres nobiliaires (27), le contentieux de l'élection et de l'éligibilité (28) relèvent de la juridiction administrative.

Pour ce qui est de la propriété privée, on pourrait presque avancer que la compétence judiciaire est exceptionnelle dès lors que l'administration est en cause. Si en effet, on met à part l'hypothèse de la voie de fait, il ne reste de judiciaire, à l'intérieur de la « gestion » « publique » au moins, que la fixation du dommage résultant de la dépossession ou des amputations et altérations d'un droit de propriété immobilière, l'appréciation des conditions dans lesquelles ces atteintes ont pu se produire demeure administrative chaque fois que l'administration n'a pas débordé du cadre normal de ses activités, ce qui est, en droit, le cas général. L'affirmation de la Cour de cassation du 6 janvier 1930 : « toute atteinte au droit de propriété rentre, en principe, dans le domaine exclusif de l'autorité judiciaire » (29) a perdu beaucoup de sa valeur.

En matière de liberté individuelle enfin, le principe de la compétence judiciaire, d'affirmation relativement récente en jurisprudence (30) ne jouit encore d'aucune autonomie et reste lié au système de la séparation des contentieux. Les solutions critiquées par lesquelles le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits avaient opté pour la compétence administrative dans les affaires Alexis et Wolf (31) et dame de la Murette (32) laissaient supposer que le partage des compétences en ce domaine était imputable, en partie au moins, au texte de l'article 112 du Code d'Instruction criminelle.

Selon l'interprétation donnée de ce texte, les tribunaux judiciaires n'étaient compétents dans les cas d'atteinte à la liberté individuelle qu'en dehors des circonstances exceptionnelles et à la

(26) C.E., Albonico, 23 décembre 1949, S. 1950.3.53.

(27) Civ., 11 mai 1948, Marquis de Noailles c/ Duc de Noailles, D. 1948.J.335.

(28) Qu'il convient de distinguer du contentieux de la liste électorale qui est judiciaire : C.E., Elections municipales de Saint-Aubin-sur-Seine, D. 1950.J.449 (2^e esp.) et C.E., Lacoste, 12 février 1954, Act. Jur., 1954.J.131.

(29) D. 1930.I.174.

(30) Civ., 12 février 1901, Gazette des Tribunaux, I.I.2313 et sur cette question, J. ROBERT, *Les violations de la liberté individuelle commises par l'Administration*, p. 282 et suiv.

(31) 7 novembre 1947, S. 1948.3.101, D. 1948.472, note Eisenmann, J.C.P., 1947.II, concl. Celier, note Mestre.

(32) 27 mars 1952, S. 1952.3.81, D. 1954.291, note Eisenmann, R.D.P., 1952.757, note Waline.

condition que les agents publics soient personnellement attirés devant le tribunal, quelle que soit d'ailleurs la nature de la faute invoquée. Susceptible d'entraîner la responsabilité publique, la mise en cause de l'Etat ne pouvait intervenir que devant les tribunaux administratifs.

Les termes du nouvel article 136 du Code de procédure pénale remplaçant l'article 112 du Code d'instruction criminelle pouvaient semble-t-il permettre d'éviter désormais en la matière non seulement le partage des compétences au fond, mais aussi les questions préjudicielles de légalité. « Dans les cas visés aux deux alinéas précédents (inobservation des formalités pour les mandats de justice) et dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle, le conflit ne peut jamais être élevé par l'autorité administrative et les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours *exclusivement* compétents. Il en est de même dans toute instance civile fondée sur des faits constitutifs des infractions prévues par les articles 114 à 122 et 184 du Code pénal, qu'elle soit dirigée contre la collectivité publique ou contre ses agents. »

Or dans la décision qu'il vient de rendre dans l'affaire Clément (33), le Tribunal des Conflits, s'il reconnaît bien la compétence judiciaire au fond, le demandeur ayant engagé devant un tribunal judiciaire une instance en réparation du préjudice causé par un internement qui serait arbitraire, affirme « qu'en revanche les alinéas sus-analysés de l'article 136 n'attribuent compétence aux tribunaux civils ni pour se prononcer sur la légalité d'actes administratifs, ni pour interpréter des décisions administratives individuelles », les dispositions nouvelles dérogeant au principe de la séparation des pouvoirs et devant donc être interprétées strictement.

On est ainsi conduit à constater qu'il n'existe pas, à proprement parler, de matières civiles rigoureusement interdites à toute forme d'action administrative et que la notion de matière judiciaire réservée est toute relative.

Mais, au delà de cette observation générale, n'existe-t-il pas néanmoins à l'intérieur de ces matières présumées judiciaires, quelques procédures spéciales que leur nature même devrait mettre à l'abri de tout partage de la fonction juridictionnelle avec les tribunaux administratifs ?

Lorsque, par exemple, le juge de l'expropriation prononce le transfert de propriété en faveur de l'administration, ne peut-il éventuellement apprécier lui-même le moyen tiré d'un vice de la déclai-

(33) 16 novembre 1964, G.P., 16-18 juin 1965.

ration d'utilité publique, fondement de ce transfert ? Lorsque par exemple encore, le préfet admet un enfant à l'assistance publique dans la catégorie des enfants abandonnés, ce qui a pour effet de conférer à l'intéressé la qualité de pupille de l'assistance publique et par suite de modifier son état, l'arrêté qui en décide n'est-il pas susceptible d'appréciation par le tribunal civil ?

Or c'est par la négative que la jurisprudence — et la jurisprudence judiciaire — a répondu à de telles questions. Pour la procédure d'expropriation, le point est fixé depuis 1927 et a été confirmé depuis (34), ce qui autorise M. Rivero à constater (35) que la compétence judiciaire « est donc liée et la garantie que donne aux expropriés l'intervention de l'autorité judiciaire est plus formelle que réelle ». Que le droit ait curieusement évolué sur ce point est devenu une banale observation : le glissement des principes depuis le premier empire reste impressionnant (36).

Pour ce qui est du classement d'un pupille de l'Assistance publique, la Cour de cassation a décidé (37) que l'arrêté d'admission « bien qu'il ait pour conséquence de conférer à l'intéressé la qualité de pupille de l'assistance et de modifier par suite l'état des personnes, constitue en lui-même un acte administratif individuel dont l'interprétation et l'examen de légalité n'appartiennent qu'à la juridiction administrative ». Il est vrai que la Cour suprême semble ici ne se déclarer incompétente qu'en raison du caractère individuel de l'acte administratif en cause et que de plus anciennes décisions de la même Cour avaient affirmé, même après 1923, le droit de contrôle des juges civils sur la légalité de dispositions administratives portant atteinte à certains droits acquis relevant de l'état des personnes : nationalité, vente de biens de mineurs (38). Toutefois

(34) Civ., 18 octobre 1927, Bionneau, D.H., 1928.21. Cass. Com., 4 novembre 1953, Martin c/ Electricité de France. Act. Jur. Dr. Adm., 1954.J.81 et voir sur la question G. TEXIER, *Les limites de la compétence de l'autorité judiciaire en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique*, D. 1956, Chr. XX.103.

(35) Dr. Adm., p. 471.

(36) C'est Napoléon I^{er} lui-même qui écrivait : « Je ne voudrais faire aucune différence pour l'administration, je ne voudrais pas qu'elle pût exproprier, parce que je regarde cet acte comme un acte essentiellement judiciaire. Je ne conçois pas comment il peut y avoir des propriétaires en France, si on peut être exproprié de son champ par une simple décision administrative, et si enfin on ne peut en appeler qu'à des autorités administratives qui, n'ayant aucune règle dans leur instruction, aucune publicité dans leurs décisions, aucun degré d'appel établi, font de la justice une affaire de mystère et de faveur. L'acquisition de la propriété se fait par acte judiciaire... On ne doit la perdre que par un acte judiciaire. » Lettre à Cambacérès, 7 septembre 1809, *op. cit.*, p. 153.

(37) Civ., 16 avril 1953, Peyret et Past, J.C.P., 1953.II.7617, note Mihura.

(38) Req., 26 juillet 1905, P.G. Alger c/ Valz, S. 1906.I.113. Civ., 27 avril 1926, Pham Van Muoi c/ Duong du Thuong Khank et autres. D.H., 1926.350, D.P., 1927.I.9, note Rolland.

les décisions récentes en ce domaine ne se réfèrent plus à un principe supérieur de protection de l'état des personnes, mais s'appuient plutôt sur la distinction de la qualification des procédures dans lesquelles des actes administratifs peuvent intervenir. Ainsi la compétence a été reconnue judiciaire, dans la matière des enfants confiés à l'Assistance publique lorsqu'il s'agit d'un conflit mettant en cause, non le titre juridique de l'autorité administrative, mais le contenu des pouvoirs correspondant à ce titre, en opposant le préfet, titulaire du droit de tutelle, et les parents, titulaires de certains droits découlant de la puissance paternelle (39).

L'acte administratif, en tant que tel, demeure à l'abri de la censure judiciaire. Il est en dehors de l'instance. La situation de fait soumise aux tribunaux judiciaires est analysée abstraction faite de la valeur de l'acte sur le plan de sa légalité administrative. On retrouve ici la tendance qu'exprime l'arrêt *Demoiselle Albaut* : il s'agit d'éviter le plus possible tout dédoublement de l'instance qui, pour satisfaisant qu'il puisse être sur le plan des principes, reste déplorable sur celui du droit des justiciables à la justice.

En définitive, les obstacles qui obligent encore au maintien des questions préjudicielles administratives dans les instances intéressant les droits les plus proprement judiciaires sont de deux ordres : d'une part le maintien, dans le cercle juridictionnel administratif, de quelques procédures à caractère éminemment judiciaire, d'autre part l'existence à la disposition de certaines autorités administratives de pouvoirs limités mais efficaces sur des matières de pur droit privé.

En apparence, vouloir éliminer ces obstacles, ce serait vouloir résoudre le problème en supprimant ses données, car il est bien entendu que si l'on retire à l'administration toute possibilité directe ou indirecte d'action ou de réglementation dans un certain domaine, l'acte administratif disparaît et aucune contestation ne peut s'élever à son sujet. En réalité, et surtout depuis les extensions récentes du pouvoir normatif de l'administration, il n'est plus possible, en quelques matières que ce soit, d'écarter l'hypothèse d'une réglementation générale ou spéciale et il serait absolument vain d'imaginer qu'un jour certaines zones de l'activité des particuliers soient rigoureusement exemptes de toute ingérence de l'exécutif. Dans la mesure même où certaines matières sont jugées d'une particulière importance pour les citoyens d'un pays, la délimitation de ces matières et leur sauvegarde impliquent l'intervention des pouvoirs publics.

(39) Réf. T. Civ. Seine, 14 mars 1958, *Irr c/ Assist. Publi.*, J.C.P., 1958. II.10558, note P. Raynaud.

Par contre, en vue de réduire le plus possible, les hypothèses de la mise en discussion d'un acte administratif devant un tribunal civil, il ne serait pas déraisonnable d'envisager une répartition des procédures entre les deux ordres de juridiction telle que le risque des questions préjudicielles disparaisse pratiquement. Mais semblable distribution des contentieux suppose que l'organisation générale de la matière considérée se prête à ce démembrement juridictionnel par l'équilibre des principes retenus et la complémentarité des pouvoirs mis en jeu. Au moins existe-t-il, de cette solution d'harmonie, un exemple toujours actuel : celui du régime des internements dans les hôpitaux psychiatriques.

On sait en effet qu'en ce domaine a été institué depuis la loi du 30 juin 1838, devenue partie intégrante du Code de la Santé publique (art. L. 243 et suiv.) un partage des responsabilités et des compétences entre l'autorité administrative et les tribunaux judiciaires. A l'autorité administrative, préfet dans le cas général, maire exceptionnellement, est donné le pouvoir de placement et à elle seule. Par contre pour ce qui est de la mainlevée du placement, et sur le plan contentieux, seuls les tribunaux judiciaires sont compétents. Mais il n'y a aucun risque de voir soulevée devant le tribunal civil la question de la régularité de l'acte administratif, car la juridiction saisie statue sur l'opportunité du placement, sans avoir à se préoccuper de la validité du titre initial, et sans avoir d'ailleurs à motiver sa décision.

Les possibilités d'extension d'un tel système sont très limitées. Il implique trop d'exigences préalables. Il suppose non seulement une matière bien définie, mais aussi une réglementation bien précise. Ce cadre serait trop étroit pour un ensemble de questions tel que l'ensemble des questions de propriété ou l'ensemble des questions de liberté individuelle. Et même dans l'hypothèse où de telles procédures seraient organisées — ce qui ne serait pas impossible, par exemple pour l'expropriation — le résultat ne serait que l'élimination pratique de l'exception d'illégalité et non son élimination théorique. Le problème de droit resterait posé.

Il faut conclure. Il existe certes, en l'état présent du droit, des raisons sérieuses de regretter qu'en matière civile la validité d'un acte administratif ne puisse pas être appréciée par le juge du fond. Il existe même de bonnes raisons de penser que le législateur ait à intervenir prochainement pour supprimer cette cause grave de retard dans l'administration de la justice à l'égard de quelques procédures particulières. Mais le principe confirmé par l'arrêt Septfonds ne peut véritablement être exposé à un renversement sans que l'institution même de la dualité des contentieux, judiciaire et

administratif, soit directement menacée, sans que la loi des 16-24 août 1790 soit profondément modifiée.

La solidité même de cette loi et de ses conséquences pour la répartition des compétences ne peut être mieux mise en lumière qu'en examinant pour clore ce chapitre ce qu'a été et ce qu'est devenue la seule véritable exception jurisprudentielle à l'arrêt Septfonds, la jurisprudence de l'arrêt Barinstein.

SECTION III

L'UNIQUE EXCEPTION DU DROIT POSITIF : L'ARRET BARINSTEIN

Depuis 1923, le Tribunal des Conflits n'a concédé franchement qu'une seule exception au principe établi par l'arrêt Septfonds. Le 30 octobre 1947, il a reconnu aux tribunaux civils un droit de contrôle spécial sur certains règlements de l'autorité administrative. Il l'a fait dans le cas d'espèce, pour apprécier la validité de dispositions autorisant l'Administration à assurer l'exécution forcée des ordres de réquisition de logement et a motivé cette compétence judiciaire exorbitante, « à raison de la nature des mesures prévues par lesdites dispositions et de l'atteinte grave qu'elles portent à l'inviolabilité du domicile privé et par suite à la liberté individuelle ainsi qu'au respect dû au droit de propriété... » (40).

On se souvient de ce qu'à l'époque, le Haut Tribunal avait voulu porter une condamnation marquante contre des mesures gouvernementales, trop ostensiblement dédaigneuses des droits les mieux reconnus des particuliers en matière de domicile et de propriété bâtie. Comme l'avait relevé M. Vedel (41), l'innovation dans l'affaire Barinstein venait de l'Administration. « Jusqu'ici l'on avait vu parfois des actes individuels de l'Administration porter une atteinte si grave et si illégale aux droits individuels qu'ils dégénéraient en voie de fait, entraînant la compétence de l'autorité judiciaire : on n'avait pas connu, sauf dans des circonstances exceptionnelles justifiant des pouvoirs exceptionnels, des règlements nationaux qui eussent pour objet direct de porter par la force et contrairement à la loi, des atteintes graves au droit de propriété ou à la liberté individuelle. »

En théorie au moins, l'arrêt Barinstein ne s'écartait pas exactement de la jurisprudence Septfonds en ce qu'il consacrait l'existen-

(40) J.C.P., 1947.II.3966 et D. 1947.J.476.

(41) « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », J.C.P., 1948.I.682, n° 7.

ce, à l'égard du principe posé en 1923, de l'une de ces exceptions implicitement admises par l'arrêt lui-même et explicitement par le rapporteur, le conseiller Matter. « Pas de solution de continuité », notait M. Vedel, approuvant l'arrêt en même temps que toute une partie de la Doctrine qui limitait la discussion aux possibilités d'extension de la nouvelle jurisprudence. M. le Professeur Waline toutefois (42), imputait à l'encombrement de la juridiction administrative la position prise par le Haut Tribunal et jugeait la nouvelle jurisprudence critiquable à trois points de vue. Le savant auteur déplorait d'abord l'atteinte portée à la séparation des autorités administratives et judiciaires, constatait ensuite qu'une complication nouvelle était apportée aux règles de partage des compétences et regrettait enfin que la portée de la solution Barinstein soit entachée d'incertitude.

Or, sur le plan de l'espèce, l'arrêt de 1947 devait tourner court. Le revirement, parfaitement logique, auquel le Tribunal des Conflits fut contraint, le 12 mai 1949, n'est pas oublié (43). La Chambre criminelle de la Cour de cassation ayant décidé la veille (44) — de manière inattaquable — que les sanctions pénales de la loi du 11 juillet 1938 ne pouvaient être étendues pour l'application des réquisitions de logement, l'exécution d'office de ces dernières devenait alors régulière et le décret qui l'organisait rentrait alors dans la légalité (45).

Révolue la solution d'espèce, qu'allait devenir la position de principe ? Dès 1950, M. Vedel répondait : « Tout ce qui n'est pas purement circonstanciel dans l'arrêt subsiste, c'est-à-dire le pouvoir reconnu exceptionnellement aux tribunaux judiciaires d'apprécier la légalité des règlements portant une atteinte grave... à l'inviolabilité du domicile privé et par suite à la liberté individuelle ainsi qu'au respect du droit de propriété » (46). Et avec une unanimité d'autant plus remarquable qu'elle avait manqué pour accueillir la décision originaire, la Doctrine n'objecte plus rien au maintien du droit de contrôle exceptionnel reconnu par l'arrêt Barins-

(42) R.D.P., 1948, p. 86.

(43) Dumont c/ Préfet de la Seine-et-Oise et Bonnel, D. 1949.J.266, R.D.P., 1949.371, note Vedel, J.C.P., 1949.II.4908, 2^e esp., note Fréjaville.

(44) Crim., 11 mai 1949, P.G. Colmar c/ Strub et autres arrêts, D. 1949.J.261, rapport Pépy, R.D.P., 1949, p. 371, note Waline, J.C.P., 1949.II.4908, 1^{re} esp., note Fréjaville.

(45) Les décisions d'application restant éventuellement susceptibles d'irrégularités : voir C.A. Lyon, Barnoux c/ Vve Tribouet, D., 1950.S.27.

(46) G. VEDEL, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, J.C.P., 1.851, n° 3.

tein (47). Dans la dernière édition de son *Traité*, M. le Professeur Waline ne reprend plus les réserves faites en 1948. Il fait sa place à la brèche ouverte le 30 octobre 1947 et tente même de l'élargir : « Et comme il n'y a pas de raison logique de ne pas étendre cette solution au cas de toute atteinte grave à une liberté publique, on peut dire que lorsque, dans un procès pendant devant un tribunal judiciaire, est contestée la légalité d'un acte administratif qui porte une atteinte grave à une liberté publique, les tribunaux judiciaires sont, par exception, compétents pour apprécier eux-mêmes la légalité de cet acte » (48).

Sur l'étendue de cette compétence exceptionnelle et au niveau de la Doctrine, certains auteurs (49) ont introduit une restriction d'application qui ne nous paraît pas devoir être retenue : l'exception ne vaudrait que pour les règlements, non pour les actes individuels. Cette distinction ne nous semble pas commandée par les principes sur lesquels s'appuie l'arrêt Barinstein. Certes, en l'espèce, il s'agissait bien d'un règlement, mais le texte même du motif essentiel n'exclut pas du tout l'appréciation éventuelle d'un acte individuel. Le Tribunal des Conflits énonce en effet « que si, en règle générale, les tribunaux de l'ordre judiciaire ne peuvent, sauf dans certains cas déterminés, se prononcer sur la légalité des actes administratifs, *même ayant un caractère réglementaire*, ils sont *par exception à ce principe*, compétents pour apprécier la validité des dispositions sus-rappelées ». L'interprétation la plus simple de cette proposition nous paraît être que l'exception est ainsi autorisée que l'acte en cause ait ou non un caractère réglementaire. Ce n'est pas en raison de ce caractère que l'exception est ouverte, c'est « raison de la nature des mesures prévues... ». Le contrôle de légalité n'est rendu possible que par la nature des droits atteints et la gravité des opérations prévues ou décidées par l'autorité administrative. Quelle différence faire à cet égard entre le décret réglementaire que censure l'arrêt Barinstein et l'arrêté particulier d'un maire se prévalant de la loi municipale ? (50) Nous avons fait une observation semblable en ce qui concerne l'exception d'illégalité en matière pénale, les tribunaux judiciaires seraient-ils compétents quand l'opération en cause est le fait d'une autorité administrative qui se borne à appliquer un texte supérieur illégal et ne le seraient-ils

(47) J.-M. AUBY, J.C.P., 1955.I.1259, n° 35. A. de LAUBADÈRE, *Traité*, p. 314, n° 570. J. RIVERO, *Dr. Adm.*, p. 152.

(48) *Traité*, 8^e éd., p. 62.

(49) De LAUBADÈRE, *Tr.*, p. 314. A. GERVAIS, R.D.P., 1948, p. 286.

(50) Trib. civ. Pau, Réf., 11 décembre 1951, Delle Candau c/ Maire de Pau, J.C.P., 1952.II.6694, D. 1952.J.82.

pas quand cette même autorité prend spontanément l'initiative de la mesure contraire à la loi ? Nous ne le pensons vraiment pas.

Cette réserve mise à part, on peut qualifier de général l'accord de la Doctrine sur la signification durable de l'arrêt Barinstein et l'opposer à la méconnaissance dont les tribunaux font preuve à l'égard de la jurisprudence qu'il établit en ce qu'elle a de véritablement original.

Ce n'est pas que les magistrats n'aient pas prêté attention aux formules du Tribunal des Conflits : on les retrouve assez fidèlement reproduites dans bon nombre de décisions postérieures (51) et la jurisprudence de l'arrêt Barinstein a été plus d'une fois directement appliquée (52). Mais dans l'ensemble les tribunaux judiciaires paraissent n'avoir retenu de la sentence du juge des conflits que la contribution apportée à la théorie de la voie de fait. Depuis l'arrêt Dumont du 12 mai 1949, il n'existe pas, à notre connaissance, de décisions civiles ayant dénoncé l'illégalité d'un règlement administratif « à raison de la nature des mesures prévues ». Sans doute n'y a-t-il pas contresens à faire bénéficier la notion fluctuante, « fonctionnelle », de la voie de fait des précieuses définitions du juge supérieur des compétences. M. Vedel lorsqu'il s'était agi pour lui d'envisager les développements dont l'arrêt Barinstein était susceptible, avait marqué sa préférence pour une transposition des principes acquis sur le plan procédural de la voie de fait. En désaccord avec M. Fréjaville qui souhaitait une extension de la compétence judiciaire d'exception aux actes administratifs individuels (53), M. Vedel estimait qu'« un contrôle étendu de la légalité des actes individuels peut s'effectuer sous l'angle des opérations matérielles

(51) Par exemple : l'ordonnance du Président du T. civ. de Château-Thierry, 17 décembre 1947, Viet c/ Debocke, G.P., 1948.I.130 ; les jugements du Trib. cor. Toulon, 18 mars 1948, Armelin, J.C.P., 1948.II.4299 ; du Trib. civ de la Seine, 7 mai 1953, Office publicitaire de France c/ préfet de police, J.C.P., 1953.II.7759, et récemment l'arrêt de la Cour de cassation, 1^{re} Sect. civ., 21 octobre 1959, époux Jeasseau-Requillard, B. Civ., 1959, 1^o, n^o 426, p. 352 et encore l'arrêt de la Cour d'Amiens sur renvoi dans la même espèce, G.P., 1961.2.230.

(52) T. civ. Pau, Réf., 11 décembre 1951, précité. T. civ. Tarbes, Réf., 25 novembre 1947, Blazy et Ets Tarbes Sud-Ouest c/ Desnoyers et Préfet des Hautes-Pyrénées, J.C.P., 1948.II.4651. T. civ. Montdidier, Réf., 13 décembre 1948, Préfet de la Somme et Douillat c/ Petit, J.C.P., 1949.II.4651, qui pose en principe qu'il appartient toujours au tribunal judiciaire, en matière de réquisitions de logement, de vérifier au préalable la régularité du titre produit, même s'il n'y a pas voie de fait. Il est vrai qu'en l'espèce la procédure présentait la particularité d'avoir été introduite par le Préfet et le bénéficiaire de la réquisition : c'est l'Administration qui pour faire exécuter sa décision avait recours à l'autorité judiciaire. La compétence de cette dernière pouvait ainsi se justifier par la théorie du recours volontaire de l'Administration à la sanction judiciaire, déjà exposée en matière pénale.

(53) Note sous Barinstein au J.C.P., 1947.II.3966.

auxquelles ils donnent naissance ». C'est uniquement ainsi que les juridictions civiles ont interprété l'autorisation du Tribunal des Conflits.

Mais ainsi appliqué, l'arrêt Barinstein a beaucoup moins introduit le contrôle de légalité en matière civile qu'il n'a élargi le champ d'application de la voie de fait et la jurisprudence judiciaire, dans cette direction, présente un intérêt assez mince pour notre étude. Car il est bien certain que la voie de fait est autre chose que l'illégalité, autre chose que l'un des vices qui entachent l'acte administratif sans suffire pour autant à justifier la compétence de l'autorité judiciaire (54). De quelque théorie, dualiste ou moniste, ou encore existentielle (55) que l'on se prévale, on exige pour caractériser la voie de fait un comportement qui dépasse l'erreur sur le droit ou sur le fait, la méconnaissance ou l'ignorance d'une prescription légale. Il faut l'atteinte *grave*, à des droits fondamentaux, l'acte « inexistant » (56), ou « manifestement insusceptible de se rattacher à l'application d'un pouvoir appartenant à l'Administration » (57).

Mais précisément cette distinction du contrôle de la légalité ou du contrôle de la voie de fait, les tribunaux judiciaires, et d'abord la Cour de cassation, l'appliquent avec une rigueur extrême et lorsque l'appréciation de la voie de fait implique l'examen préalable de la validité d'un acte administratif, la question est jugée préjudicielle (58). Ce renvoi a été critiqué, notamment par M. Vedel dans sa note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 8 juillet 1954. Le commentateur n'a pas eu de peine à montrer la confusion à laquelle cédait la Cour suprême en introduisant les questions préjudicielles en la matière. Ou bien la voie de fait invoquée provient

(54) On ne fait que reprendre ici les termes utilisés fréquemment par le Tribunal des Conflits pour rappeler une distinction classique : 30 novembre 1953, Ets Gallardo, Act. Jur. D.A., 1954.II, n° 48, p. 47 ; 1^{er} février 1954, Préfet du Bas-Rhin c/ Fischer et Hirlmann, Act. Jur., D.A., II, n° 132, p. 135 ; et une espèce plus nette encore où l'acte en cause avait été précédemment annulé par le C.E., 13 juin 1955, Soc. des Transports autom., Baldoni, D. 1957.J.499, note Mimin.

(55) Si l'on peut se permettre de qualifier ainsi la notion de voie de fait telle qu'elle résulte de la très intéressante thèse de M. DEBARY, *La voie de fait en droit administratif*, Paris, 1960, L.G.D.J.

(56) Dont la notion revêt dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : voir sur ce point : P. WEIL, *Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif*, D. 1958, Chr. IX, p. 49.

(57) C'est la formule de l'arrêt du C.E. Carlier du 18 novembre 1949, Rec., p. 490, J.C.P., 1950.II.5535.

(58) Civ., 1^{re} Sect., 8 juillet 1954, Vve Gourdin c/ Commune de Loudéac, J.C.P., 1955.II.8674, S. 1954.A.J., 109, Chr. de M. Drouillat, Act. Jur., D.A., 1954.II.417. Depuis 1949 cette position était déjà connue en jurisprudence : C.A., Paris, 12 juillet 1951, Dame Borel Cavaillon c/ Dame Meyer et Soc. des Im. de France, D. 1952.S.15.

de l'acte administratif lui-même et l'hésitation sur son irrégularité suffit par là-même pour constater l'absence de voie de fait, ou bien seule est en cause une opération matérielle et la valeur de l'acte administratif préalable n'a plus à intervenir pour retenir ou non la voie de fait. La Cour de cassation peut, il est vrai, s'autoriser sur cette question de décisions du Tribunal des Conflits obligeant des juridictions judiciaires à surseoir à statuer sur des voies de fait pour faire interpréter des actes administratifs (59) ou pour en faire juger la validité (60). Mais ces nouvelles positions du juge des Conflits s'inscrivent par ailleurs dans un mouvement inquiétant de restriction du domaine de la voie de fait (61) dont M. Debary (62) va jusqu'à dire qu'elle pourrait devenir une « curiosité de musée » (63).

Il ne faudrait point qu'il en aille ainsi de la jurisprudence Barinstein et c'est une raison dernière d'en bien distinguer l'apport de celui, beaucoup plus incertain, de la voie de fait. On préférerait sans doute ne plus devoir imaginer que l'autorité administrative puisse agir délibérément « de manière insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte législatif ou réglementaire », mais le temps d'une soumission sincère et générale de l'Administration à la légalité n'est sans doute pas encore tout à fait venu. Il est donc nécessaire de savoir et de rappeler qu'il existe à la disposition des tribunaux judiciaires, à l'égard des actes qui témoignent objectivement de leur mépris de la loi, qui portent atteinte à des droits fondamentaux et qui ne peuvent point se justifier par les circonstances, un droit certain de contrôle par voie d'exception.

(59) Dusuzeau, 17 juillet 1957 : assiette incertaine de la réquisition.

(60) Préfet du Nord c/ Vve Masnon, 1^{er} février 1954, Act. Jur., D.A., 1954. II, n° 131, p. 134. Soc. Trystram. c/ Etat français, 24 juin 1954, Act. Jur., D.A., 1954.II, n° 347, p. 371.

(61) On vise ici notamment l'arrêt Office publicitaire de France c/ Préfet de police du 19 mai 1954 (lacération d'affiches justifiée par une menace pour l'ordre public) avec les commentaires de M. Rivero au J.C.P., 1954.II.8382 et de R. Pinto à l'Act. Jur., D.A., 1954.II.282. On peut également signaler le développement des circonstances exceptionnelles reconnues en faveur de l'Administration. Confl., 21 juillet 1949, Dame Vve Fruchier, Rec., p. 612. Confl., 30 novembre 1953, Cts Baudin de la Valette, Act. Jur., D.A., 1954.II, n° 49, p. 47 et Cts Gioux, même jour, mêmes réf. Confl., 26 mai 1954, Manufacture Fse Michelin c/Etat français, Act. Jur., D.A., II, n° 313.

(62) Thèse précitée, p. 170.

(63) Ce qui est bien aussi l'opinion de M. Leclercq dans son article à la R.D.P., 1963, p. 657.

DEUXIEME PARTIE

LES TRAITS DOMINANTS DE LA CONTRIBUTION JUDICIAIRE AU CONTROLE DE LA LÉGALITÉ ADMINISTRATIVE

Pratiquement illimité en matière pénale, appelé à s'étendre en matière fiscale, susceptible d'élargissement en matière civile, le cadre du contrôle judiciaire de la légalité administrative offre ainsi plus qu'un champ d'études nombreuses et variées, mais de réelles possibilités d'action sur l'Administration. Comment les juges en ont usé, comment ils entendent cette juridiction qui reste exceptionnelle et qui devient si fréquente, quel en a été à ce jour le résultat, c'est à ces recherches que nous consacrons cette deuxième partie.

Elle doit nous permettre de faire deux constatations, assez différentes certes, mais en réalité moins contradictoires qu'il n'apparaît. La première, c'est que les tribunaux judiciaires, en définissant certaines prérogatives de l'Administration et de ses agents, ont apporté une contribution non négligeable à la construction du droit administratif, droit essentiellement jurisprudentiel. La seconde, c'est que ces mêmes tribunaux ont maintenu en face de l'autorité administrative un certain nombre d'exigences fondamentales, relevant de l'ordre juridique et social dont les magistrats de l'ordre judiciaire se considèrent comme les gardiens.

Contribution positive à la définition du droit administratif, instrument de la protection d'un ordre juridique et social, ce sont ces deux traits dominants du contrôle judiciaire qu'il convient maintenant de préciser.

CHAPITRE PREMIER

LE CONTROLE DE LEGALITE, CONTRIBUTION JUDICIAIRE A LA DEFINITION DES DROITS ADMINISTRATIFS

Parce qu'il a toujours paru incontestable, le respect par les juges de l'ordre judiciaire du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs et des règles administratives de la séparation des fonctions n'a jamais fait l'objet de vérifications sérieuses. Le fait que jamais ne fut appliqué le texte répressif qui punit pour forfaiture, « les juges, les procureurs généraux (ou de la République) ou leurs substituts, les officiers de police judiciaire qui auraient excédé leur pouvoir en s'immisçant dans les matières attribuées aux autorités administratives » (article 127 du Code pénal) (1), le fait qu'aucun véritable scandale ne soit jamais venu ébranler sérieusement la confiance mise par l'opinion et le gouvernement dans la loyauté politique des magistrats, ont semble-t-il découragé les curiosités et les recherches.

Précisons-le tout de suite, nos investigations dans la jurisprudence des tribunaux judiciaires ne sont pas de nature à modifier sensiblement le jugement général sur le comportement des juges à l'égard de l'Administration. Par contre les solutions que nous avons retrouvées ou que nous croyons devoir rappeler méritent amplement d'être tirées de l'oubli, tout autant par leur valeur d'apport au droit administratif que par les indications précieuses qu'elles donnent sur l'état d'esprit judiciaire en face des problèmes de légalité administrative. Certes, les éléments de cette contribu-

(1) Voir GARÇON, *Code pénal annoté*, Nouv. éd., T. I, p. 498.

tion judiciaire ne sauraient être tous intégrés sans retouches dans le droit administratif positif, car ils portent la marque d'un ordre juridictionnel qui n'est pas celui qui a été établi pour l'administration. Mais ce qui nous importe ici, c'est précisément de faire apparaître l'originalité de cette contribution, même dans ses parties hétérodoxes.

Cette originalité, nous la retrouvons dans les trois éléments qui, pour la jurisprudence judiciaire, permettent de distinguer ce qui relève proprement du droit administratif :

— en premier lieu une *volonté* qui n'est pas celle d'individus pris isolément, mais celle des titulaires de la puissance publique, s'exprimant essentiellement par l'Etat, assumant par des prérogatives exorbitantes du droit privé des responsabilités exclusives;

— en second lieu, un *domaine, stricto sensu*, un territoire naturel, sur lequel s'appliquent en plénitude et s'établissent à l'aise les compétences reconnues spécialement à l'Administration;

— en troisième lieu, une *organisation*, fondée sur le principe de hiérarchie et sans laquelle les droits et les pouvoirs, faute d'équilibre, perdraient toute efficacité.

A ces trois signes, les tribunaux judiciaires reconnaissent les pouvoirs privilégiés de l'Administration et c'est par la valeur particulière qu'ils leur donnent qu'ils soulignent le caractère autonome du droit administratif, et par là apportent à l'administration une appréciable confirmation de son autorité.

SECTION I

LA DEFINITION ET LE RESPECT DE LA VOLONTÉ ETATIQUE DANS LES ACTES ADMINISTRATIFS PAR LES TRIBUNAUX JUDICIAIRES

S'il n'existe pas une conception judiciaire du droit administratif, fondamentalement différente de celle qui résulte de la doctrine et de la jurisprudence administratives, il existe par contre une optique proprement judiciaire du droit applicable à l'administration.

Les magistrats de l'ordre judiciaire n'ignorent évidemment pas que le droit administratif est un droit autonome. A quelque école de droit public que les uns et les autres aient été formés, c'est cela d'abord qui leur a été enseigné et c'est cela qui reste, même si tout ou presque a été oublié. Le droit administratif n'existe que par son autonomie : il n'est pas de juge qui n'en soit conscient.

Mais sur ce qui fonde ou qui explique cette autonomie, les considérations généralement invoquées n'ont pas la même résonnance suivant que l'on se trouve habituellement à l'intérieur ou à l'extérieur de l'Administration. Ainsi ce qui paraît frapper surtout les administrateurs et les juges de l'ordre administratif, c'est l'impossibilité d'ordre technique d'appliquer à certaines activités administratives un régime juridique strictement emprunté au droit privé. Pour la raison majeure qu'ils en font beaucoup moins l'expérience, les juges de l'ordre judiciaire se rendent moins compte de ces difficultés. Par contre, dans la position de recul et d'indépendance qu'ils tiennent à conserver vis-à-vis de l'Administration, celle-ci leur apparaît, plus qu'à ses propres agents, comme parée de tout l'éclat du pouvoir exécutif, comme la détentrice privilégiée des compétences de caractère spécifiquement étatique et national.

C'est assurément là une vue déformée, anachronique d'une Administration qui a considérablement évolué en volume et en tâches, devenue à la fois tentaculaire et morcelée, pleine de contradictions et aussi éloignée que possible de ce qu'elle était il y a cent cinquante ans.

Mais les juges s'en tiennent encore, du moins leur jurisprudence le donne à croire, à l'image du pouvoir judiciaire tel qu'il s'est formé et tout de suite fixé sous les années du Consulat et de l'Empire, et, depuis la même époque, c'est à une représentation aussi définitive et figée de l'administration qu'ils ne cessent de se référer. Ce n'est pas seulement la monotonie de l'architecture néo-romaine des palais de justice ou du style impérial du mobilier judiciaire qui peut témoigner de cette paresse conceptuelle, c'est l'ancienneté et l'immuabilité des positions jurisprudentielles sur la plupart des grandes questions touchant les rapports de l'exécutif et du judiciaire.

Cet immobilisme doctrinal qui s'ébranle à peine depuis une dizaine d'années nous lui sommes redevables d'une certaine conception de la volonté administrative trop étroitement confondue avec la volonté nationale et par conséquent souveraine. De là le respect excessif de certains pouvoirs administratifs s'ils peuvent se rattacher à quelque mission de salut public, de là aussi les aspects originaux du contrôle judiciaire des éléments subjectifs d'un acte administratif.

§ 1. — Le respect des pouvoirs administratifs correspondant aux responsabilités proprement étatiques.

Parmi ces pouvoirs qui ont la vertu d'intimider particulièrement les tribunaux judiciaires, nous en retiendrons deux catégo-

ries : les pouvoirs qui se relient à la sûreté générale, les pouvoirs qui découlent des exigences de la salubrité publique.

A. — LE RESPECT DES TRIBUNAUX JUDICIAIRES POUR LES EXIGENCES DE LA SÛRETÉ GÉNÉRALE.

Il n'existe certes pas de responsabilité plus spécifiquement administrative que celle de la sûreté générale. Qu'on la relie aux souvenirs tragiques du comité révolutionnaire du même nom ou, de façon plus générale, à l'histoire de la police, basse ou haute, la sûreté générale évoque essentiellement des pouvoirs coercitifs strictement réservés au gouvernement et justifiés dans leur principe, par des considérations d'intérêt national, distraites de tout contrôle juridictionnel.

En réalité, les pouvoirs administratifs de sûreté générale, tels qu'ils sont susceptibles d'être appréciés par les tribunaux judiciaires, sont à la fois plus larges et plus restreints que leur dénomination ne le laisse supposer. Ils sont en effet plus larges quant à leur assiette, car ils ne concernent pas seulement la liberté des personnes, et ils sont plus restreints quant à leur exercice, car il existe une réglementation qui leur est applicable.

Or, et pendant très longtemps, les tribunaux judiciaires ont reconnu, et reconnaissent encore dans certains cas, une large liberté d'action à ces pouvoirs. Dans ce domaine où il eût été normal d'attendre des juges une vérification pointilleuse de la légalité des actes administratifs, on peut se montrer surpris de certaines positions de la jurisprudence. Celle-ci paraît guidée par deux considérations. Sur le plan de la notion même de sûreté générale, elle croit devoir consacrer le droit de l'administration de s'inquiéter assez largement de ce qui peut nuire à la sécurité de chacun, et sur le plan de la réglementation, elle tend à lui donner un caractère exceptionnel : tout ce qui dans ce domaine n'est pas expressément interdit à l'administration lui est permis.

Ainsi, aux yeux des juges de l'ordre judiciaire, se rattachent à la sûreté générale, et par là se trouvent justifiées, les mesures les plus diverses prises par les autorités compétentes pour prévenir certains sinistres ou certains accidents. Sûreté générale est alors entendu dans le sens de sécurité générale. Agit dans ce cadre le maire qui réglemente la distance entre les meules de grains pour éviter les incendies et la Chambre criminelle reconnaît la légalité de la mesure qui s'étend cependant aux cours et aux lieux clos (2).

(2) Crim., 12 juillet 1866, Châtel, B. 177.287.

Agit encore dans ce cadre, le préfet qui réglemente la profession de guide de montagne par un arrêté dont la Cour de cassation reconnaît qu'il a « pour but de prémunir les voyageurs et les touristes qui font des excursions dans ce département, contre les dangers que présentent ces excursions » (3). Dans les deux cas est confirmé le droit du maire ou du préfet d'édicter des « mesures de sûreté générale ».

Pour reconnaître d'autre part la validité d'une prescription administrative relevant de la sûreté générale, les tribunaux judiciaires n'exigent pas que l'auteur de l'acte puisse invoquer un texte l'habilitant expressément à prendre une telle décision. En la matière, c'est un pouvoir spontané et autonome qui est reconnu à l'Administration. Ainsi l'arrêté préfectoral imposant l'inscription du prénom des voyageurs à la suite de leur nom sur le registre de police — prescription ajoutée à celle de la loi — a pu être jugée obligatoire et prise dans un intérêt de sûreté générale (4).

Mais c'est surtout par le sort qu'ils réservent à des mesures plus graves, plus liées à des impératifs de sécurité nationale, plus étroitement réglementées aussi, que les juges judiciaires révèlent le mieux leur souci profond « de ne pas entreprendre » sur les responsabilités strictement étatiques de l'Administration.

La réaction judiciaire devant les arrêtés d'expulsion est caractéristique de cet état d'esprit. Le pouvoir d'expulsion de l'étranger, suspect ou indésirable, est sans doute « un corollaire du droit des Etats à l'existence et à l'autonomie » et « l'étranger doit pouvoir être expulsé dès qu'il est dangereux et il est dangereux lorsque sa présence est de nature à compromettre la sécurité publique » (5). L'arrêté d'expulsion n'en représente pas moins pour celui qui en est l'objet une décision très lourde de conséquences et parfois plus tragique que la perte temporaire de la liberté. Chargés de sanctionner pénalement les infractions à ces arrêtés et de contribuer ainsi directement à leur exécution, les tribunaux correctionnels ont ainsi l'occasion d'intervenir dans un conflit grave de droits et de libertés. Or, on peut dire que dans l'appréciation de ces difficultés, les juges ont beaucoup plus égard au caractère discrétionnaire des pouvoirs reconnus à l'Administration qu'à la condition parfois pitoyable des expulsés. Sans refuser absolument le contrôle de légalité, même interne, du moins en dehors du temps de guerre (6), la jurisprudence insiste surtout sur le caractère de

(3) Crim., 10 janvier 1874, Jacquet et autres, B. 13.22.

(4) Crim., 28 décembre 1866, Leroy, B. 277.471.

(5) J. ROBERT, *Les violations de la liberté individuelle commises par l'Administration*, p. 140.

(6) Comme l'a montré PELLETIER, Th., p. 94 et suiv.

« mesures de police et d'ordre public dont les tribunaux n'ont pas à apprécier l'opportunité et les motifs » que revêtent les arrêtés ministériels contestés (7). Les juridictions répressives ne reprennent vraiment la plénitude de leur contrôle que lorsqu'il s'agit de qualifier l'arrêté, de l'appliquer ou d'en préciser les effets, mais l'essentiel de l'arrêté est sauvegardé (8).

B. — LE RESPECT DES TRIBUNAUX JUDICIAIRES POUR LES EXIGENCES DE LA SALUBRITÉ PUBLIQUE.

Dans le domaine de la salubrité publique, l'Administration ne pouvait rencontrer un concours moins ferme de la part des tribunaux judiciaires. En la matière, l'opinion publique a été beaucoup plus souvent sensibilisée sur les lacunes de la réglementation que sur ses débordements et les magistrats de l'ordre judiciaire n'ont pas eu de raisons particulières d'être plus indifférents que les autres catégories sociales aux problèmes de l'hygiène publique et de la santé individuelle : ils ne pouvaient réagir que dans le sens d'une approbation de l'Administration responsable de la salubrité publique.

Sous la seule réserve que les mesures ordonnées ne portent pas atteinte directement à une liberté fondamentale ou à des droits étroitement protégés, c'est sans difficultés que la légalité de ces mesures est reconnue. Le souci très ancien des juges de l'ordre judiciaire de défendre les individus contre les atteintes à l'intégrité corporelle renforce ici le respect de la responsabilité proprement administrative de la santé de la nation et de la conservation de ses membres.

Parmi les reconnaissances de légalité, les plus frappantes nous retiendrons :

— celle d'un arrêté municipal déterminant les conditions d'équarrissage et d'enfouissement des animaux morts, alors que cette réglementation aboutissait en fait à l'institution d'un monopole d'équarrisseur municipal — l'institution du monopole étant cependant, comme nous aurons l'occasion de le montrer plus loin, l'un des moyens d'illégalité les mieux connus des juges judiciaires (9) ;

— celle d'un arrêté municipal ordonnant la destruction des chiens atteints de la rage (10) et surtout d'un autre arrêté por-

(7) Crim., 15 novembre 1934, Mavromatis, G.P., 1934.2.91, D.P., 1935.I.11. Crim., 19 octobre 1938, Kondiant, G.P., 1938.2.681, D.H., 1939.3.

(8) C.A. Amiens, 4 décembre 1951, Wondstra, J.C.P., 1952.II.6924, note R. Barrot et S. 1952.2.153, note Rigaud.

(9) Crim., 17 mars 1865, Faure, B. 69.113.

(10) Crim., 20 avril 1874, Lespiault, B. 217.433.

tant la même mesure, alors même que l'animal soupçonné d'être contaminé serait retenu dans la maison de son maître (11).

L'appui donné à l'autorité administrative est plus marqué encore dans les espèces où l'action préventive de l'administration pouvait apparaître assez discutable :

— limitation du nombre des animaux dans les agglomérations urbaines : réduction du nombre des chats et des chiens tel que la sécurité et la salubrité des maisons voisines ne s'en trouvent pas compromises (12) ;

— prohibition même de l'élevage des volailles à l'intérieur des maisons particulières (13) ;

— obligation d'exécuter immédiatement des travaux nécessaires pour donner un écoulement immédiat aux eaux pouvant arriver dans des excavations pratiquées dans une carrière (14) ;

— obligation d'exécuter immédiatement des travaux prescrits par un règlement sanitaire (15).

La Chambre criminelle est allée jusqu'à tenir pour légal et obligatoire l'arrêté du maire d'Amboise ordonnant l'arrachage de l'herbe croissant au droit des immeubles et ce, à la charge des occupants desdits immeubles, « en vue de prévenir par des précautions convenables les maladies épidémiques et contagieuses » (16). Or, il apparaît bien que l'arrêté du maire créant un impôt déguisé sous la forme d'exécution obligatoire d'un travail collectif, les juridictions judiciaires auraient dû constater ou son illégalité ou au moins son objet fiscal, ce qui ne le rendait pas susceptible de sanctions pénales.

Toutefois, à la différence de la notion de sûreté générale que les tribunaux acceptent un peu trop facilement de relever pour couvrir un acte administratif ne s'y rattachant pas étroitement, la notion de salubrité publique reste enfermée par la jurisprudence judiciaire dans ses limites naturelles.

(11) Crim., 17 avril 1883, Albert Boixo, B. 217.363.

(12) Crim., 7 janvier 1882, Marie de Lavergne de la Barrière, B. 11.13.

(13) Crim., 7 novembre 1885, Cruège, B. 299.480. Il est à noter que ce sont bien des considérations d'hygiène et non des considérations de commodité qui retiennent les juges : quand il s'agit seulement de tranquillité publique, les tribunaux n'hésitent pas à repousser les prétentions de la réglementation : avant le décret du 5 mai 1934, réglementant l'antiparasitage des appareils électriques, ils jugeaient illégaux les arrêtés municipaux prescrivant d'adapter des dispositifs protecteurs sur certains appareils électriques : Crim., 28 décembre 1935, G.P., 1936.1.98, D.H., 36.70, Leriche.

(14) Crim., 1^{er} février 1873, Sens et Roissy, B. 33.65.

(15) Crim., 3 juin 1955, Siren, B. 271.489.

(16) Crim., 31 octobre 1925, Chauveau, B. 295.584.

Ainsi, la Cour de cassation saisie de la validité d'un arrêté municipal saura distinguer à l'intérieur de cet acte les dispositions qui répondent aux exigences de la salubrité publique et celles qui y sont étrangères. Dans l'affaire Bazin (17), elle décidera que l'article d'un arrêté faisant défense aux personnes payant un certain loyer de s'approvisionner aux bornes-fontaines est une disposition « étrangère à toute préoccupation de salubrité publique puisqu'elle prive d'eau une partie des habitants, et par là expose la ville entière aux dangers de l'épidémie ». Par contre elle reconnaîtra la validité de l'article 2 du même arrêté défendant de prendre de l'eau pour des usages industriels et commerciaux, car « chargé de veiller à la salubrité publique, le maire peut estimer nécessaire de réserver l'eau des bornes-fontaines pour l'alimentation et les besoins domestiques des habitants, de limiter les usages de cette eau comme il en rationnerait les quantités à prendre, et d'exclure les emplois industriels et commerciaux pour lesquels l'eau, prise ailleurs, suffirait ». On ne saurait trouver meilleur exemple de la volonté des tribunaux judiciaires de soutenir l'Administration pour l'accomplissement intégral de sa mission, mais pas au-delà, la même limitation, celle de puiser de l'eau, étant jugée illégale quand elle tend à créer une inégalité de traitement entre les citoyens, et légale dès lors qu'elle vise à sauvegarder la santé publique.

Ainsi, dans le ferme soutien que les tribunaux judiciaires apportent à l'Administration dans la poursuite de deux de ses grands objectifs, sûreté générale, salubrité publique, la jurisprudence introduit-elle quelques nuances d'importance. Pour la sûreté générale, les juges n'ont peut-être pas encore suffisamment discerné toutes les possibilités d'abus qu'une notion aussi large et par conséquent aussi dangereuse recèle, tandis que pour la salubrité publique, s'ils n'entendent pas intervenir pour atténuer la rigueur des mesures ordonnées, ils tiennent cependant à s'assurer de leur conformité à leur objet.

§ 2. — Le respect des pouvoirs administratifs dans le contrôle des éléments subjectifs de l'acte.

Dans la jurisprudence sur l'appréciation de légalité d'une mesure administrative, on relève l'apparition fréquente de formules telles que « cercle des intérêts confiés à l'administration » ou « cercle des pouvoirs conférés ». Cette répétition du mot cercle nous semble exprimer assez bien cette idée des juges judiciaires suivant laquelle

(17) Crim., 29 octobre 1896, D.P., 1898.I.26.

l'administration opère en champ clos dans un cadre juridique qui lui est propre, à la poursuite d'objectifs dont elle est seule capable de saisir la totalité des aspects. Non seulement les droits de l'Administration, mais ses sujets, ses responsabilités sont ainsi enfermés à l'intérieur d'une frontière protectrice contre toute investigation extérieure.

Une conception aussi tranchée de l'autonomie administrative interne oppose dès lors un obstacle très sérieux au contrôle de la conformité des pouvoirs de l'administration à sa mission. La logique du système implique en effet que ce soit seulement à l'intérieur du « cercle » que de telles vérifications soient faites.

L'obstacle n'est pas infranchissable et les tribunaux judiciaires l'ont montré assez vite. Le droit de l'administration à l'autonomie ne s'établit pas uniquement par sa revendication et le respect dû à l'indépendance du pouvoir administratif demeure compatible avec le contrôle de l'existence même de la liberté invoquée par l'auteur de l'acte. En définitive, le cercle qui arrête la vérification des juges judiciaires, il appartient autant à ces derniers qu'aux autorités administratives de le définir et de le délimiter.

Il reste cependant que si les tribunaux judiciaires disposent, en principe, d'un contrôle de légalité intégral — pouvant atteindre par conséquent le but et les motifs de l'acte — ils peuvent d'autant moins pousser leur examen que plus autonomes sont les compétences en cause.

A. — LE PRINCIPE DE L'EXISTENCE,
AU PROFIT DES TRIBUNAUX JUDICIAIRES,
D'UN CONTRÔLE DE LÉGALITÉ
ATTEIGNANT LES ÉLÉMENTS SUBJECTIFS DE L'ACTE.

Des attributs d'un contrôle de légalité intégral, ce ne sont évidemment pas ceux qui ont trait aux exigences externes de la loi ou à son contenu écrit qui méritent ici d'être envisagés. Ce qui vaut d'être rappelé et précisé, c'est que le principe du contrôle du but et des motifs de l'acte administratif par les tribunaux judiciaires a constamment été reconnu. Le fait qu'assez souvent ces tribunaux ont admis que l'autorité administrative avait bien agi en vue des intérêts qui lui étaient confiés a pu autoriser l'opinion suivant laquelle le moyen du détournement de pouvoir administratif n'était pas retenu devant les juges de droit privé, ce qui est inexact.

C'est pourquoi il faut d'abord souligner, comme cela d'ailleurs n'est pas contesté, que c'est la Cour de cassation qui, la première, avant les juridictions administratives, a opposé le « but privé et par

conséquent illégal » et le but d'intérêt général, et a ouvert ainsi une belle carrière à un nouveau moyen d'illégalité (18).

Il faut aussi préciser que depuis, la Cour suprême, comme les tribunaux inférieurs à de très rares exceptions près, n'ont pas cessé de juger ce moyen recevable. Ce point est, il est vrai, controversé. M. Pelletier (19), en examinant la jurisprudence de la Cour de cassation, déclare avoir rencontré « un certain nombre d'espèces où le juge déclare sans ambiguïté qu'il est incompétent pour admettre le détournement de pouvoir ». Il relève spécialement une variation certaine de la jurisprudence pendant quelques années à partir de 1935. A l'époque se trouvait mis en cause devant la Chambre criminelle le droit pour le maire de Lyon d'interdire le stationnement et même la circulation des véhicules affectés à des services urbains et intercommunaux de transports dans certaines parties de la ville. La Cour suprême avait alors (20) reconnu la légalité de ces dispositions réglementaires au bénéfice de deux ordres de considérations. « Attendu, disaient d'abord les juges de la Chambre criminelle, que de ces constatations il résulte que les mesures prescrites par le maire le Lyon, dans un intérêt de police et de bon ordre, en invoquant les dispositions des articles 97 et 98 de la loi du 5 avril 1884, rentrent par leur objet dans le cercle légal des pouvoirs conférés à l'autorité municipale... ». « Attendu, au surplus, disaient encore les juges, que lorsqu'un arrêté a été compétemment pris, les plaignants n'ont de recours que devant l'Administration supérieure, s'ils prétendent, comme en la cause, que des dispositions excessives gênent dans leur ensemble ou dans quelques parties, l'exercice de leur industrie, sans nécessité suffisante ou sans utilité plausible pour l'intérêt public... ». La Chambre criminelle devait reprendre les mêmes motifs, en janvier 1939, dans une affaire où le juge de simple police avait déclaré illégal un arrêté préfectoral n'autorisant la vente du lait le dimanche de 17 heures

(18) Crim., 17 septembre 1841, Hervieu, Rép. Jurispr. Gén. Dalloz, T. IX (1848), v° commune, n° 1004, note 3. Mais c'est sans doute par l'arrêt Caboche du 18 septembre 1828 — D. Rép., v° commune, n° 693, note 5 — que la Cour de cassation a véritablement donné la première définition juridictionnelle du détournement de pouvoir. La faveur qu'un maire accorde à un voiturier en lui attribuant exclusivement la plus grande partie d'une plage « quelque méritée qu'elle puisse être, appartient à un autre ordre de choses que celui réglé par les lois de police ». Artur a écrit de cet arrêt — R.D.P., 1903, p. 415 — « Nous ne croyons pas qu'aucune juridiction, même à l'époque la plus récente ait jamais mieux caractérisé le détournement de pouvoir. »

(19) Thèse, p. 127 et suiv.

(20) Crim., 22 novembre 1935, Prost c/ Ville de Lyon, Fraysse et Paget, G.P., 1935.2.904.

à 20 heures qu'à une certaine catégorie de laitiers. Cet arrêté était jugé légal (21).

Les deux motifs que nous venons de reproduire peuvent paraître inconciliables. Le premier en effet paraît bien livrer le résultat d'une vérification faite par les juges. L'arrêté municipal a bien été pris dans un intérêt de police et de bon ordre : le but de l'acte est reconnu valable par la Chambre criminelle. Or, le second motif semble démentir la possibilité d'un tel contrôle, l'examen devant se borner à s'assurer que l'arrêté a été « compétemment pris ». Mais tout n'est-il pas dans ce que la Cour de cassation entend ici par compétence ? Pour notre part, nous considérons que le premier attendu permet de dire que la compétence vérifiée s'étend effectivement au but de l'acte, même si cette qualification du but apparaît assez superficielle et si, dans le cas particulier, le cercle protecteur de l'Administration municipale a été assez largement tracé. En réalité, ce que les arrêts de 1935 et de 1939 changent par rapport à la jurisprudence antérieure c'est seulement la profondeur de l'examen de légalité, mais non ses possibilités théoriques.

A quelque interprétation de cette jurisprudence que l'on s'arrête, c'est surtout son caractère très temporaire qui doit être retenu. Jusqu'en novembre 1935, la Cour de cassation s'était toujours réservé le droit de vérifier non seulement que l'acte critiqué avait bien été pris dans les limites des attributions de son auteur, mais encore que le pouvoir utilisé l'avait bien été aux seules fins prévues par la loi. L'affirmation récente d'un auteur que « ce que la jurisprudence laisse en dehors des pouvoirs du juge pénal n'est pas autre chose, en langage moderne, que le détournement de pouvoir » paraît contredite par une jurisprudence continue (22).

Ne retenant ici que les décisions dans lesquelles le détournement a été relevé et sanctionné, on citera comme spécialement significatives les espèces suivantes.

Contrairement aux prescriptions d'un arrêté municipal qui lui interdit de jouer sur les places publiques, la Fanfare de la Besbre se fait entendre. La Chambre criminelle approuve le jugement qui relaxe l'organisateur : « Attendu que des motifs et du dispositif de l'arrêté ci-dessus visé, il résulte que le maire, en interdisant à la Fanfare de la Besbre de jouer sur les lieux et places publiques, n'a relevé aucune circonstance se rattachant au maintien de l'ordre et de la tranquillité publics; que l'arrêté dont s'agit, qui concerne exclusivement les sociétaires de la fanfare, est fondé seulement sur

(21) Crim., 12 janvier 1939, Caubel Vve Barnaud, D.H., 1939.166, B. 39.12.

(22) C. GOYARD, *La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, p. 252.

ce que cette société musicale aurait refusé, le jour de la fête nationale, de jouer l'air de la Marseillaise ou tout air patriotique, sans que d'ailleurs, il soit allégué ou même indiqué que, par ce refus la fanfare ait pu causer le moindre désordre dans la commune de Jaligny; attendu que dans ces circonstances, le juge de police a fait une juste application de l'article 97 de la loi municipale du 5 avril 1884 et de l'article 471 § 15 du Code pénal, en décidant que le maire de Jaligny avait excédé ses pouvoirs en prenant contre la Société de la Fanfare de la Besbre un arrêté qui n'avait nullement pour objet de maintenir ou de faire respecter l'ordre et la tranquillité publics. » (23).

Il s'agit bien là d'un détournement de pouvoir caractérisé, l'agent public ayant bien eu en vue un but d'intérêt public, à ses yeux au moins, — sanction d'un irrespect de la fête nationale — mais utilisant un pouvoir prévu pour d'autres buts d'intérêt public.

Un peu plus tard, au maire d'Agde qui a institué une limitation de tonnage pour les véhicules circulant sur les chaussées de la commune « considérant que par suite des chargements de véhicules dont le poids va toujours croissant, la ville se trouve dans l'obligation de dépenser des sommes importantes pour l'entretien de son pavé », la Cour de cassation prend soin de répondre : « Attendu qu'il résulte du préambule de l'arrêté précité que cet arrêté ne répondait pas *dans la réalité* à la nécessité d'assurer soit le bon ordre, soit la sûreté, soit la salubrité publiques et n'avait d'autre but que la protection des intérêts financiers de la commune. » (24).

Ces intérêts financiers de la commune, sous des formes diverses, ont inspiré bien d'autres actes administratifs illégaux, tous jugés comme tels par les tribunaux judiciaires approuvés par la Cour de cassation : — révocation d'autorisation de voirie pour prémunir une commune du recours d'un concessionnaire (25), — assujettissement au paiement d'une taxe les extractions de matériaux dans des conditions préjudiciables aux chemins vicinaux et ruraux (26), — refus d'autoriser une construction jusqu'au règlement d'une question de déversement d'eaux résiduaires (27). Ce dernier arrêt précède seulement de quelques mois celui qui a marqué un rétrécissement de la notion de détournement de pouvoir en novembre 1935.

Il est donc bien certain que les tribunaux judiciaires connaissent le moyen du détournement de pouvoir, en admettent la rece-

(23) Crim., 19 février 1887, Bourgeois, B. 1887.70.102.

(24) Crim., 18 janvier 1906, Maury et Gaillard, D.P., 1906.I.488.

(25) Crim., 27 juillet 1893, Colette, D. 1894.I.197.

(26) Crim., 2 mai 1931, Cabet, B. 124.237.

(27) Crim., 16 avril 1935, Becker, D.H., 1935.319.

vabilité et, en de nombreuses occasions, l'ont relevé et appliqué. Par ailleurs, l'apparent déclin de ce moyen d'illégalité, pendant quelques années, est maintenant révolu. L'arrêt *Le Roux*, du 21 décembre 1961, a non seulement fait rentrer les actes administratifs individuels dans la compétence judiciaire d'appréciation, il a aussi nettement rappelé le droit des juges de l'ordre judiciaire de rechercher si l'autorité administrative a agi ou n'a pas agi dans un intérêt public et si l'usage qu'il a fait de ses pouvoirs est ou non conforme au but en vue duquel ils lui ont été conférés (28).

Il convient enfin de rappeler que le droit judiciaire d'examiner le moyen tiré d'un détournement de pouvoir n'est pas contesté par la doctrine de droit public. Commentant un arrêt de la Cour d'appel d'Aix qui s'était cru, à tort, « radicalement incompétente » pour un tel contrôle, le Professeur Morange, après avoir considéré que l'origine de cette timidité pouvait se trouver dans l'enseignement de certains auteurs qui, comme Hauriou, rattachait la notion de détournement de pouvoir non à la légalité, mais à la moralité administrative, écrit : « Mais il a été fait, depuis longtemps, justice de cette théorie... la notion de détournement de pouvoir ne fait pas sortir le contrôle des tribunaux du cadre de la légalité. Elle doit donc être utilisée dans les deux ordres. » (29).

Mais si les tribunaux judiciaires peuvent ainsi utiliser la totalité des attributs du contrôle de légalité, il n'a jamais été avancé qu'ils puissent, comme les tribunaux administratifs ont été quelquefois amenés à le faire à leur corps défendant (30), étendre exceptionnellement le champ de ce contrôle pour apprécier l'opportunité de l'acte. Cette substitution de l'appréciation du juge à celle de l'administrateur quant au choix de la gravité ou des modalités de la mesure à prendre, c'est exactement ce que le juge judiciaire ne peut faire en aucun cas. Il faudrait qu'en effet, d'une part, son inquisition dépassât le contenu et les termes de l'acte (31), et d'autre part que son appréciation se fonde sur une référence juridique que le juge aurait lui-même à créer (32). Or, ce qui peut être admis théoriquement du juge administratif, source essentielle du droit de

(28) *Crim.*, 21 décembre 1961, B. 551.1053, D. 1962.J.102, J.C.P., 1962. II.12680.

(29) C.A. Aix-en-Provence, 17 janvier 1949, Pujol, D. 1949.J.480 et comme autre exemple de cette timidité : C.A. Rouen, 21 mai 1952, D. 1953.3.17.

(30) C.E., 28 juillet 1944, Dame Constantin, S. 1944.3.56. C.E., Thibault, 5 décembre 1956, D. 1957.J.20, concl. Mosset.

(31) M. VECCHIERINI dans sa thèse (p. 123) avait observé déjà que la Cour de cassation interdisait en effet au juge « toute recherche extérieure à l'acte ». C'est dans les termes de l'acte que celui-ci doit rechercher le détournement de pouvoir.

(32) M. VEDEL le marque très clairement dans son traité, pp. 220 et 221.

l'administration, ne peut l'être du juge judiciaire, corps étranger à la vie administrative. L'irruption dans le cercle des pouvoirs et des responsabilités administratifs serait flagrante et les tribunaux judiciaires violeraient les frontières qu'ils ont eux-mêmes délimitées. Pratiquement (33), ils ne l'ont jamais fait, et les rares tentatives de quelques juridictions inférieures de se substituer à l'Administration ont toujours été enrayées par la Cour de cassation (34). On observera même dans cette jurisprudence que la notion judiciaire d'opportunité est beaucoup plus large que celle qui résulte de la jurisprudence administrative. Celle-ci en effet, en développant progressivement le contrôle des motifs de l'acte a réduit d'autant le domaine de l'opportunité, alors que les juges de l'ordre judiciaire n'ont jamais dépassé, comme nous aurons à le constater, le contrôle des motifs légalement fixés.

**B. — LES CARACTÈRES PARTICULIERS
DE L'APPRÉCIATION JUDICIAIRE DE LA LÉGALITÉ
DES ÉLÉMENTS SUBJECTIFS DES ACTES ADMINISTRATIFS.**

S'il doit donc être admis à l'heure actuelle que les tribunaux judiciaires disposent en principe d'un pouvoir de contrôle de la légalité, aussi étendu que celui des juridictions administratives, il est en même temps certain que les juges de l'ordre judiciaire portent une appréciation très différente sur les éléments les plus intérieurs, les plus subjectifs de l'acte, le but et les motifs. Ce sont d'ailleurs les particularités de cette appréciation proprement judiciaire de ces éléments qui ont rendu spécialement délicate la reconnaissance des pouvoirs exacts des tribunaux judiciaires et de leurs limites.

Lorsqu'il se trouve placé devant le problème du jugement d'un comportement administratif, le juge de droit privé, nous l'avons déjà observé, est toujours plus ou moins désorienté. Ni le fond du droit à appliquer, ni les données de fait de la situation et du milieu ne lui sont familiers. Sa méconnaissance des exigences variables de l'action administrative autant que l'impropriété de ses références juridiques normales accentuent dans son esprit le caractère d'autonomie juridique revendiqué par le droit administratif. Aussi le juge qui ne veut ou ne peut s'approprier les critères administratifs applicables à la vérification des intentions de l'auteur de l'acte, se

(33) *Crim.* George, 19 février 1887, B. 69.101. *Crim.*, 2 février 1955, Dages, B. 80.139. *Crim.*, 26 décembre 1956, Fourreur, Vve Dorschner, B. 881.1566. *Crim.*, 21 novembre 1961, Normand, B. 475.912.

(34) *Crim.*, 7 mai 1898, Le Bars, B. 184.334. *Crim.*, 31 octobre 1925, Chauveau, B. 295.584. *Crim.*, 11 mars 1927, Costes, B. 79.154, D.H., 1927.207.

replie sur les principes établis par le droit civil. S'il n'en applique pas la lettre, il en retient l'esprit, ce qui suffit pour conduire à des solutions nettement plus favorables pour l'Administration que celles données par ses juges naturels. S'agissant en effet de l'examen des éléments intentionnels de l'acte, les juges de l'ordre judiciaire y apportent leur psychologie « privatiste » à la formation de laquelle la règle de l'autonomie de la volonté a pris une part si grande. Le principe établi par l'article 1134 du Code civil, pourtant ébranlé par d'assez nombreuses exceptions législatives, a conservé son empire dans l'esprit des magistrats. La cause de l'acte est indifférente pour sa validité, pourvu qu'elle existe et qu'elle soit conforme à un ordre moral et légal extrêmement large et imprécis (35). Bien plus exigeantes sont les notions de but et de motif dans le régime des actes administratifs. S'il existe des divergences dans la doctrine de droit public sur le domaine exact de ces notions (36), il n'y en a pas sur l'obligation fondamentale de finalité qui caractérise en définitive tout acte administratif. Il n'est pas d'acte administrativement valable s'il n'est ordonné à la réalisation du bien public. La vérification de la légalité interne d'un acte administratif oblige théoriquement le juge à s'assurer que cet acte a sa place dans une œuvre d'ensemble : ce contrôle juridictionnel n'est donc parfait que s'il dépasse l'examen de l'acte en lui-même pour le confronter aux nécessités dont il est né.

S'il arrive que la jurisprudence administrative et la jurisprudence judiciaire fournissent assez souvent des solutions identiques sur des questions de légalité, la distinction théorique des objectifs des deux contrôles garde toute sa valeur et se manifeste dans bon nombre d'espèces qu'il s'agisse du but ou des motifs.

En ce qui concerne le but de l'acte, cette distinction permet d'expliquer l'attitude des tribunaux soucieux de vérifier l'existence du but d'intérêt général, mais seulement d'après les termes mêmes de la décision. S'ils sont capables d'en dénoncer l'illégalité quand les visas ou les considérants de l'arrêté ou du décret font

(35) La présentation des théories civilistes de la cause mériterait évidemment plus qu'une phrase. Nous n'avons voulu en retenir ici qu'un aspect : celui de la disproportion de l'exigence essentielle de l'existence de la cause et des exigences extrêmement souples de sa validité. Cette opposition paraît toujours d'actualité : cf. Y. SEILLAN, *La cause des obligations en droit comparé*, in *Mélanges Laborde-Lacoste*, p 379 et suiv.

(36) Pour M. EISENMANN par exemple (*Cours de Doctorat*, 1954-1955, *Régimes de Droit public, Régimes de droit privé*, p. 281 et suiv.), « le vrai but d'un acte juridique se situe au delà de l'acte » et « pour tout dire... n'est pas autre chose que le contenu des intentions de l'auteur ou des auteurs de l'acte ». La question de l'incorporation du but dans les éléments constitutifs de l'acte pourrait ainsi se poser.

apparaître que l'acte a eu en vue un autre objet que celui prévu par la loi, qu'il s'agisse d'un objet financier (37) ou d'un objet privé (38), le contrôle judiciaire est impuissant quand le but réel n'est pas précisé ou n'est pas manifestement saisissable. Certes, le contrôle de la qualification juridique du but oblige le juge à prendre parti entre deux qualifications possibles du but, l'une légale s'il considère que la mesure ordonnée se rattache effectivement à la défense d'un intérêt public, l'autre illégale s'il considère au contraire qu'elle est étrangère aux préoccupations d'une autorité responsable du bon ordre et de la sécurité de tous. Et en cela le juge apprécie en fait, sur la base de ses conceptions personnelles du domaine de la police administrative. Ainsi, dans l'affaire dame Le Roux, le juge de police aurait pu tout aussi bien estimer que l'interdiction du bal répondait aux exigences de la décence et de l'ordre public dans la commune. Les différences d'appréciation entre le juge du fond et le juge de cassation, dans une même espèce, sur la qualification du but montrent bien que celle-ci peut n'être pas évidente et qu'un pouvoir réel est ainsi remis aux tribunaux judiciaires pour fixer les limites d'intervention de l'autorité administrative. Dans l'affaire Veuve Delhaye (39), le tribunal de simple police avait jugé illégal un arrêté préfectoral qui interdisait l'attelage des chiens, cette mesure ne pouvant « être envisagée comme ayant été édictée dans l'intérêt de la sécurité publique ». La Cour de cassation donne une solution contraire après un examen minutieux des dispositions de l'arrêté, celles-ci se rapportant « aux précautions à prendre pour prévenir les dangers que les chiens peuvent présenter au regard de la sûreté des citoyens » et elle juge « que les mesures qu'il prescrit (l'arrêté) relativement à la divagation de ces animaux, aux muselières, aux colliers dont ils doivent être munis, à la tenue en laisse ou à l'attache à laquelle ils doivent dans certains cas être assujettis offrent toutes ce caractère; que la défense de les atteler et de leur faire traîner ou porter des fardeaux procède manifestement de la même préoccupation du maintien du bon ordre et de la sécurité publique ».

Mais de telles prises de position sur la légalité du but sont relativement rares. Le jugement de valeur qu'elles impliquent est conditionné par la connaissance précise, non seulement des faits, mais aussi et surtout des possibilités réelles qui s'offraient à l'adminis-

(37) *Crim.*, 18 janvier 1906, Maury et Gaillard, D.P., 1906.I.488. *Crim.*, 2 mai 1931, Cabet, B. 124.237, précités.

(38) *Crim.*, 27 juillet 1893, Colette, précité. *Crim.*, 6 juin 1908, Deshayes, G.P., 1908.2.55. *Crim.*, 16 avril 1935, Becker, D.H., 1935.319, précité.

(39) *Crim.*, 2 avril 1897, Vve Delhaye, B. 121.186.

trateur lorsqu'il a pris sa décision. Séparés comme ils sont par le principe qui domine leurs institutions respectives, le juge et l'administrateur ne disposent d'aucun moyen régulier d'investigation de l'un sur l'autre. S'il arrive que la police du maire d'une petite commune soit suffisamment transparente pour que le juge lui-même soit exactement informé de ses objectifs réels, il est difficile de supposer qu'un tribunal puisse connaître dans le simple exercice de sa juridiction les données concrètes d'un problème de police posé au maire d'une grande ville ou au préfet d'un département, pour ne parler que des autorités locales. A l'égard des actes émanant de ces autorités, le juge convient facilement des limites de fait et de droit de son contrôle : il ne peut exercer utilement celui du but que si l'acte lui-même trahit par ses contradictions internes l'infidélité de son auteur aux exigences précises de la loi.

On peut ainsi réduire à deux hypothèses les possibilités du contrôle judiciaire du but. Ou bien en raison de circonstances particulières le juge s'estime sûrement informé des intentions exactes de l'auteur de l'acte, soit que ce dernier les ait lui-même révélées dans sa décision, soit qu'elles apparaissent clairement dans le débat judiciaire, et c'est alors un plein contrôle du but qui est exercé, les prescriptions administratives étant soigneusement analysées et appréciées en fonction du but invoqué. Ou bien, et c'est évidemment le cas le plus fréquent, le contrôle du but est limité à la vérification de la correspondance entre le but annoncé par l'auteur de l'acte et le but prévu légalement pour le pouvoir utilisé, et ce contrôle devient alors plus théorique que réel, puisque le tribunal ne pourra guère que se borner à reprendre à son compte les affirmations de l'auteur de l'acte.

C'est donc après s'être prémunis contre les risques d'une erreur grave sur l'appréciation du but que les tribunaux judiciaires, tout en préservant le principe de leur droit de contrôle, l'exercent dans les limites compatibles avec le respect de l'autonomie de la volonté administrative.

Un souci analogue d'éviter des prises de position ultérieurement contestables a dicté aux tribunaux judiciaires leur attitude dans le contrôle des *motifs* de l'acte administratif.

Sans doute, les règles de base du contrôle des motifs sont-elles bien les mêmes dans la jurisprudence judiciaire et dans la jurisprudence administrative. Le principe suivant lequel les actes administratifs n'ont pas à être motivés si la loi ne le prescrit pas est valable devant les tribunaux judiciaires comme devant les tribunaux

administratifs (40). Mais ces derniers, lorsqu'il y a lieu à motivation, sont mieux armés que les juridictions de l'ordre judiciaire pour examiner la valeur des motifs de l'acte administratif. Les tribunaux administratifs ont su progressivement accroître leurs exigences en ce domaine, en posant le principe que la vérification de l'exactitude des motifs leur incombe en toutes circonstances, en instituant un régime de preuve favorable aux requérants (41) : ils sont ainsi parvenus à démasquer utilement le motif inexact ou illégal.

Le domaine du contrôle judiciaire ne s'est pas enrichi de ces règles et apparaît beaucoup moins efficace. Il se limite en définitive à deux hypothèses. La première est celle de la compétence liée à certaines conditions objectives : l'autorité ne peut agir que dans des circonstances précisées par la loi et susceptibles d'un contrôle objectif d'existence. La loi a prévu l'urgence, si l'urgence n'est pas visée dans l'acte, celui-ci est illégal (42). La loi a subordonné l'intervention de l'autorité à la survenance d'un événement démographique : si la décision a été prise alors que le niveau de population prévu n'était pas atteint, elle est illégale (43). Il est évident que dans ces cas, on ne peut parler de vérification d'un élément subjectif de l'acte.

Quant à la seconde hypothèse, c'est celle, somme toute assez rare, de l'administrateur inexpérimenté qui commet la maladresse de livrer les motifs de son acte à l'examen de ceux auxquels il s'adresse, et par conséquent au contrôle des juges. C'est alors son honnêteté intellectuelle qui l'expose à une déclaration d'illégalité (44).

En dehors de ces deux hypothèses, toute recherche ou critique des motifs se trouve interdite au juge judiciaire. Ainsi les motifs qui ont déterminé l'autorité administrative dans le classement d'un garni ne peuvent être appréciés (45).

(40) Pour la jurisprudence judiciaire : Crim., 12 novembre 1887, Cadieu, B. 368.611, pour la jurisprudence administrative, entre autres décisions, C.E., 22 avril 1955, Ass. Franco-Russe, Rev. Adm., 1955.404, Conc. Heumann.

(41) C.E. Trépont, 20 janvier 1922, Rec., p. 65, R.D.P., 1922, p. 81. C.E. Barel, 28 mai 1954, R.D.P., 1954, p. 509, D. 54.J.594.

(42) Crim., 3 octobre 1957, Solques, B. 598.1073.

(43) Crim., 24 janvier 1957, Glatigny, Nathalie et Delle Danoix, B. 82.138.

(44) Crim., 28 décembre 1935, Leriche, G.P., 1936.I.98, D.H., 1936.70.

(45) Crim., 25 mai 1956, Epx Gillet, B. 395.730. Le juge serait ici contraint à un « contrôle de la valeur intrinsèque des motifs », confinant au contrôle de l'opportunité. Les distinctions qui sont à faire à ce sujet ont été exposées et développées dans le tout récent ouvrage de M. CASTAGNÉ, *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative*, Paris, L.G.D.J., 1964, pp. 152 à 200.

SECTION II

LA RECONNAISSANCE
D'UN DOMAINE ADMINISTRATIF PRIVILEGIE

Les tribunaux de l'ordre judiciaire qui ont à protéger l'intégrité et la tranquillité des propriétés privées, qui attachent d'ailleurs à cette mission une valeur particulière, ont assez naturellement considéré les voies et les lieux publics comme un domaine bien délimité dans lequel l'administration exerce des pouvoirs analogues à ceux du propriétaire de droit privé. De même que les tribunaux ont difficilement admis que le particulier puisse se voir imposé des restrictions à son droit d'user et de disposer, de même ils accueillent avec circonspection les prétentions de l'administré d'amputer les pouvoirs de l'Administration sur les territoires dont elle a la charge.

Mais l'analogie avec le régime de la propriété privée n'expliquerait pas seule la réaction judiciaire. Ce que nous qualifions ici de domaine administratif privilégié, ce ne sont pas les territoires sur lesquels l'administration se comporte en propriétaire de droit privé (et dont le régime relève alors du seul droit privé) mais ce sont les espaces sur lesquels l'administration peut se prévaloir de compétences particulières à raison de leur destination (46). Et c'est le caractère de cette destination qui retient également l'attention des juges. L'utilisation collective d'une voie, d'une place, d'un édifice, implique, dans l'intérêt des particuliers et des usagers, qu'y règnent le bon ordre et la tranquillité. C'est une responsabilité qui appartient à l'administration et qui vaut à cette dernière, aux yeux des tribunaux judiciaires, le droit de disposer de ses pouvoirs de police avec une large indépendance.

§ 1. — Le respect des pouvoirs de police générale de la circulation.

Dans l'énorme jurisprudence concernant la circulation, les décisions statuant sur des points de légalité confirment le droit, pour les autorités administratives, d'assurer la police générale de la circulation, c'est-à-dire la sûreté et la commodité du passage sur les voies et places publiques. Dans l'approbation des règlements, le juge est allé souvent assez loin.

(46) « La voie publique est par excellence le domaine de l'intervention de la police administrative. » G. VEDEL, *Droit administratif*, p. 604.

Sur le plan de la sûreté du passage, la justification de l'intervention administrative est sans doute aisée. Qu'elle limite la vitesse des usagers (47), qu'elle prohibe certaines formes d'attelage (48) ou même qu'elle interdise, sur les terrains privés, l'érection de panneaux publicitaires jugés trop proches de la voie publique (49), l'autorité administrative agit bien manifestement dans l'intérêt de la commune utilisation des voies publiques et l'approbation judiciaire n'a rien qui puisse surprendre.

Sur le plan de la commodité du passage, la légitimité de l'acte administratif pourra apparaître parfois plus fragile et l'assentiment des juridictions judiciaires n'en sera que plus significatif. Sans doute lorsqu'il s'agit de refuser aux camions avec remorques, l'accès de certaines voies (50), de réserver aux piétons des points de passage obligatoires marqués par des signaux (51) ou encore de limiter le nombre de têtes d'ovins ou de caprins admis à circuler en troupeaux sur des chemins vicinaux exigus (52), on comprend que les magistrats se montrent peu enclins à invoquer, contre l'administration, les principes de la liberté individuelle ou de la liberté du commerce et de l'industrie.

Mais ces mêmes principes et d'autres pouvaient plus valablement être opposés à des arrêtés municipaux qui interdisaient la vente de journaux sur la voie publique en raison de la gêne en résultant pour la circulation (53) qui en 1923, n'autorisaient en ville le stationnement des véhicules que dans les cas de nécessité — fait accidentel ou cas de force majeure — (54) qui utilisaient le droit de réglementation des emplacements publics pour écarter spécialement certains marchands forains du bénéfice du droit de place (55) ou qui, enfin, fixaient des points d'arrêt différents aux voitures de transports en commun suivant qu'il s'agissait d'entreprises en régie ou d'entreprises privées (56). Or, dans ces arrêts, la Chambre criminelle, qui n'ignorait rien, nous l'avons vu, des possibilités du contrôle du détournement de pouvoir, n'a pas retenu ce moyen ou tout autre plus adéquat et a, au contraire, souligné l'étendue des pouvoirs administratifs en ces domaines.

(47) *Crim.*, 30 juillet 1875, Caylan, B. 245.474.

(48) *Crim.*, 2 avril 1897, Dame Fresnoy, B. 121.186.

(49) *Crim.*, 4 mai 1923, Boreau, S. 1923.I.396.

(50) *Crim.*, 7 janvier 1922, Beaupied et Parriche, B. 12.18.

(51) *Crim.*, 6 novembre 1925, Allibert, B. 302.599, G.P., 1925.2.742.

(52) *Crim.*, 21 juin 1957, Flores Diego et Beaune, B. 431.775.

(53) *Crim.*, 26 juin 1919, Femme Garo, D.P., 1921.I.11.

(54) *Crim.*, 29 novembre 1923, Catteau, D.P., 1924.I.139.

(55) *Crim.*, 12 janvier 1955, Leroux, B. 27.43.

(56) *Crim.*, 8 octobre 1957, Régie Mixte des Transp., Toulon, B. 607.1089.

En ce qui concerne en particulier les problèmes du stationnement qui ont revêtu depuis quelques années une importance tout à fait neuve, il n'est pas inutile de marquer comment ils sont abordés, au plan des principes, par les tribunaux judiciaires. En fait, la notion de liberté du stationnement est très récente. M. Auby le rappelait récemment dans une étude générale de cette question (57) et avec lui, on peut indiquer que d'une manière générale la jurisprudence s'est montrée et continue à se montrer ferme pour justifier l'intervention de l'autorité administrative dès lors que la voie publique est utilisée de manière anormale. Si en effet la liberté de circulation est en principe totale, la liberté de stationnement sur la voie publique est par contre conditionnée par définition. Et ce postulat administratif n'a pas cessé d'inspirer les juges exceptionnellement chargés de vérifier la légalité des mesures administratives. Ainsi la Cour de cassation vient-elle encore de consacrer le droit du maire de réserver un stationnement aux seuls autocars d'une certaine ligne « la détermination des points d'arrêt des véhicules de transport en commun, telle qu'elle incombe au maire, implique nécessairement l'interdiction à tous autres usagers de faire stationner leurs véhicules en ces point... » (58).

Il est vrai que d'autres arrêts de la Cour de cassation rendus en la matière ont pu faire croire que la Cour suprême prenait plutôt la défense des automobilistes en quête d'un lieu de stationnement. Mais ce point de vue ne peut être soutenu sous l'angle juridique. La Chambre criminelle, comme les tribunaux inférieurs, n'ont pas cessé d'admettre que les autorités administratives compétentes puissent interdire ou réglementer le stationnement. Les seuls moyens d'illégalité que les tribunaux judiciaires soient susceptibles d'accueillir en ce domaine ne touchent pas à ce principe, mais visent seulement le caractère de la réglementation imposée. Celle-ci n'est légale en effet que si elle est égale pour tous. Tout en ne lui donnant pas son nom, les juges de l'ordre judiciaire connaissent le principe de l'égalité des citoyens devant la loi. Ils rejettent les interdictions qui ne concernent qu'une catégorie particulière d'administrés et c'est pourquoi ils ont reconnu illégale la prohibition de stationnement portée contre les seuls véhicules transportant les bouteilles de gaz (59). Ils n'admettent point les exceptions de faveur et tiennent pour illégale toute création d'une catégorie particulière

(57) La réglementation administrative du stationnement, D. 1962, Chr. XV, p. 83. Voir également la récente chronique de J.-L. Costa, D. 1964, Chr. XVI.

(58) Crim., 5 décembre 1962, Dame Godineau, D. 1963.J.81.

(59) Crim., 9 avril 1957, Toussant, D. 1957.J.449. Crim., 10 octobre 1957, Portet, B. 624.1120.

d'usagers. C'est pourquoi ils ont condamné, en 1957 (60), l'institution des parcs publics de stationnement payant, et c'est pourquoi encore ils viennent récemment de condamner les stationnements réservés à certaines catégories d'usagers (61). Mais dans ces décisions, les difficultés actuelles du stationnement ne fournissent que l'occasion de rappeler des principes, qui, en eux-mêmes au moins, n'atteignent en rien le domaine d'action de l'administration.

§ 2. — Le respect des pouvoirs de police spéciale de la circulation.

La prévenance judiciaire ne pouvait qu'être plus nette encore lorsque se trouve contestée devant les tribunaux de droit commun la légalité de décisions administratives concernant les polices spéciales de la circulation.

Il en est ainsi en matière de police des chemins de fer. Depuis plus d'un siècle, depuis la loi du 15 juillet 1845, les préfets, sous l'approbation du ministre des Travaux publics, se trouvent investis de larges pouvoirs de réglementation en matière de stationnement et de circulation dans les gares. La Cour de cassation a eu l'occasion de marquer qu'elle connaissait bien le sens et l'étendue de ces pouvoirs. Elle a ainsi considéré, dès 1864, que l'obligation faite à un entrepreneur autorisé de voitures publiques de desservir tous les trains de jour et de nuit, correspondait aux « nécessités impérieuses de service » et se rattachait « essentiellement à l'ensemble de l'exploitation générale, qui serait compromise par son inexécution » (62). Cette jurisprudence ne s'est pas modifiée et récemment encore la Chambre criminelle rejette le pourvoi d'un autre entrepreneur de transport qui n'acceptait pas que le préfet ait réglementé les dimensions des autobus autorisés à stationner dans la cour de la gare de Lourdes, les magistrats de la Cour suprême distinguant nettement en l'espèce la police du roulage de la police spéciale des gares qui implique une plus grande vigilance de la part des autorités administratives responsables (63).

Si l'on peut parler d'un véritable monopole préfectoral en la matière, il faut en même temps souligner qu'il a un aspect protecteur et qu'il a notamment pour effet d'éviter aux administrés la multiplicité des réglementations, quand ce n'est pas leur contra-

(60) Crim., 28 février 1957, Dreyfus, J.C.P., 1957.II.9936, B. 215.370.

(61) Jacques, Cartier, Cayol, de Coulanges, G.P., 1961.2.280, J.C.P., 1962.II.12500, D. 1962.J.258. Crim., 26 décembre 1962, Camille, J.C.P., 1963.IV.16.

(62) Crim., 25 août 1864, Lesbats, B. 224.399.

(63) Crim., 14 mars 1957, Vignes, B. 255.455. Crim., 17 mars 1866, Hanon, B. 77.130. Crim., 25 mars 1904, B. 166.286.

riété. C'est une frontière juridique très fermée qui sépare les cours des gares des autres places et voies publiques. Ce qui est permis d'un côté peut être rigoureusement interdit de l'autre et inversement. Tel chauffeur de taxi qu'un maire voudra contraindre, à l'intérieur d'une cour de gare, au respect de son arrêté sur les permis de stationnement sera relaxé par le tribunal de simple police en raison de l'incompétence du maire (64).

§ 3. — Le respect de la police des lieux publics.

De la police envahissante des voies publiques envahies, on passe assez naturellement à la police, moins mouvante, des lieux publics. C'est depuis longtemps que la compétence très large de l'autorité administrative a été reconnue et confirmée par les tribunaux judiciaires. Il ne semble pas que les solutions acquises dans la seconde moitié du XIX^e siècle aient été jamais remises en question.

Les pouvoirs de l'autorité administrative, essentiellement l'autorité municipale, ne sont en effet que la contrepartie d'une responsabilité très importante qui est celle du bon ordre dans la rue et dans les établissements ouverts au public. Les juges civils auxquels est réservée la connaissance des dommages résultant des attroupements ne peuvent normalement pas être tentés d'amoindrir la réglementation pour favoriser les désordres et les troubles. Surtout les tribunaux ne perdent pas de vue que l'autorité administrative agit dans ce cadre pour la tranquillité des citoyens, autant dire pour la défense de droits individuels contre les inconvénients de la vie sociale.

Qu'il s'agisse donc des distractions, des rassemblements ou des manifestations, quels qu'en soient la nature, les juges de l'ordre judiciaire reconnaissent à l'administration des droits étendus qui vont du régime de l'autorisation préalable à celui de l'interdiction générale.

Pour les bals publics par exemple, en plein accord avec la jurisprudence administrative (65), la Cour de cassation reconnaît au maire et subsidiairement au préfet le droit d'en subordonner l'organisation à l'autorisation préalable (66). Il en est de même pour les auditions de musique dans les lieux publics (67).

(64) T.S.P. Pont-sur-Yonne, 8 janvier 1957, *Demolis. Crim.*, 9 janvier 1958, *Rec. Dr. Pén.*, 1958.180, B. 43.76, R.D.P., 57, p. 183.

(65) C.E., Primault, 22 février 1933, *Rec.*, p. 221. C.E., La Lyre Mascaréenne, 1^{er} février 1939, *Rec.*, p. 50.

(66) *Crim.*, 6 juillet 1867, Amiel, B. 157.262. *Crim.*, 1^{er} juillet 1887, Delafosse, B. 250.393. *Crim.*, 23 février 1906, B. 93.159.

(67) *Crim.*, 12 novembre 1887, Cadieu, B. 388.611. *Crim.*, 28 novembre 1896, Letendre, B. 346.535.

Sans doute quelques uns des pouvoirs approuvés à la même époque par les tribunaux judiciaires ne peuvent plus servir aujourd'hui de précédents sérieux. Mais les maires ne s'avisent plus de nos jours d'ordonner sur les plages la séparation des hommes et des femmes, comme le fit le maire de Mers au siècle dernier (68). Ils n'ont plus besoin de prescrire que dans les théâtres les spectateurs ôtent leur chapeau avant le lever du rideau ainsi que le décida le maire d'Alger en 1883 (69).

D'autres décisions aussi anciennes ont par contre conservé toute leur valeur. Ainsi en est-il de celles qui consacrent l'étendue du pouvoir de réglementation dans les débits de boisson, carrefours toujours dangereux pour l'ordre public et à l'égard des processions ou des manifestations religieuses, même si de nos jours le fanatisme a perdu beaucoup de sa virulence. En ces matières les interdictions générales, comme les prohibitions particulières ont toujours été reconnues légales (70).

Il est tout à fait remarquable qu'en ces domaines touchant directement à l'ordre public, la juridiction administrative se soit souvent montrée moins inquiète du maintien de l'ordre et plus soucieuse de la liberté du culte ou de réunion que les tribunaux judiciaires.

Le Conseil d'Etat ne reconnaît pas en effet aux autorités chargées de la police le droit d'interdire sans distinction toutes manifestations extérieures du culte, même à l'occasion de convois funèbres (71). Il n'admet pas non plus les interdictions tirées de la police de la circulation (72) et de manière générale, il tient à vérifier en fait les motifs tirés de l'ordre public (73).

Toutefois il faut ici tenir compte d'un facteur de circonstances très important. Dans ces affaires les juridictions judiciaires et les juridictions administratives ne sont pas appelées à statuer dans des conditions identiques. Un délai très bref s'écoule généralement entre la manifestation interdite et la comparution des contrevenants ou des prévenus devant le tribunal répressif. Celui-ci doit ainsi statuer « à chaud ». Il s'agit alors pour lui, du moins il a ten-

(68) Crim., 2 juillet 1887, Prud'homme, B. 255.400.

(69) Crim., 1897, Teyre, B. 229.352.

(70) En ce qui concerne les cafés : — interdiction de tous jeux d'argent : Crim., 21 mars 1885, Paulin Poggi, B. 94.150. — Interdiction de parois opaques pendant l'état de siège : Crim., 28 octobre 1915, Marie Boisset, B. 202.367. En ce qui concerne les processions ou expositions d'emblèmes religieux : Crim., 19 février 1887, George, B. 69.101. Crim., 23 janvier 1896, Monot, B. 34.54.

(71) C.E., Abbé Laurent, 21 novembre 1923, Rec., p. 739.

(72) C.E., Poirier, 10 juin 1921, Rec., p. 557.

(73) C.E., Gauvain, 30 décembre 1921, Rec., p. 1125.

dance à le penser, d'enrayer immédiatement des troubles possibles et de ne donner à ceux qui ont enfreints un acte de l'autorité publique aucun encouragement qui puisse être interprété comme une prise de position plus ou moins politique. Le Conseil d'Etat par contre, seul compétent en ces matières jusqu'en 1953, éloigné des faits dans le temps et dans l'espace, peut apprécier en toute tranquillité d'esprit le problème de légalité soulevée devant lui.

Les solutions judiciaires retrouvent toute leur valeur lorsque toute considération extérieure, tout soupçon de pression du moment est écartée. C'est évidemment le cas de la police des cimetières où les exigences de la tranquillité et du bon ordre sont d'abord celles « de la décence et du respect dû à la mémoire des morts ». Les maires se voient alors reconnus de larges pouvoirs de police qui vont jusqu'au droit d'interdire l'entrée du cimetière aux enfants non accompagnés et aux personnes suivies d'un chien ou d'un autre animal domestique (74).

SECTION III

LA RECONNAISSANCE DU CARACTERE ORGANISE ET HIERARCHISE DES POUVOIRS ADMINISTRATIFS

Lorsqu'une juridiction judiciaire constate l'incompétence d'un maire pour prendre telle mesure ne relevant que de la seule autorité du préfet, la décision judiciaire a une double conséquence. Il est bien certain que d'une part elle entrave l'action d'une autorité administrative, mais il est non moins vrai qu'en même temps, dans la mesure au moins où les magistrats ont bien jugé, leur décision contribue à rétablir une autre autorité dans l'intégralité de ses pouvoirs, et d'une manière plus large, raffermir l'ordre général des compétences administratives.

Nous voudrions montrer comment cette forme particulière de l'intervention des tribunaux judiciaires a pu efficacement contribuer au renforcement de l'autorité de l'Administration et comment elle a pu aider et aide encore à la délimitation des divers pouvoirs administratifs. Appuyée sur des textes législatifs précis, l'analyse

(74) Crim., 4 février 1942, Vautrin, B. 7.12. La compétence et le contrôle judiciaire reprendraient toutes leurs prérogatives si c'était l'autorité administrative qui violait le « respect dû aux tombes des morts, droit fondamental », Confl., 25 novembre 1963. Commune de Saint-Just-Cheleyssin, J.C.P., 1964.II. 13493, note M. Auby.

judiciaire est ici plus à son aise, même si elle doit tenir compte des particularités de la répartition des compétences entre autorités administratives. Pour chaque catégorie d'autorités, les tribunaux judiciaires savent distinguer d'une part les pouvoirs propres, généraux ou spéciaux et d'autre part les pouvoirs de tutelle.

**§ 1. — Reconnaissance et protection des pouvoirs
propres à chaque échelon de la hiérarchie administrative.**

A. — LE CHEF DE L'ÉTAT.

Il est tout à fait remarquable que ce soit la Cour de cassation qui, la première, bien avant la Doctrine ou la juridiction administrative, ait reconnu l'existence d'un pouvoir réglementaire propre du Chef de l'Etat. Dès 1828 (75), la Chambre criminelle, à propos d'une ordonnance concernant l'exploitation des voitures publiques, relève « qu'il serait absurde d'ériger en principe qu'alors que les arrêtés du pouvoir municipal, dans tout ce qui intéresse la sûreté et même la commodité des habitants, trouvent leur appui dans les lois de police et dans les tribunaux chargés de leur exécution, ce même appui puisse être dénié aux ordonnances émanées du Chef suprême de l'Etat, qui statue dans la toute puissance administrative sur des objets qui intéressent éminemment la sûreté publique et individuelle... ».

Cette jurisprudence demeure valable, sous la seule réserve des délimitations constitutionnelles du pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat. Récemment encore elle a trouvé l'occasion de s'appliquer sous la forme du rejet de l'exception d'illégalité invoquée contre un décret du Chef de l'Etat relatif à la protection contre l'incendie des bâtiments ou locaux ouverts au public. La Cour de cassation a expressément décidé que la compétence du maire, pour ce qui concerne les « nécessités locales », ne faisait pas obstacle à celle du Chef de l'Etat à qui il appartient « de déterminer, en vertu de ses pouvoirs propres, et même en l'absence de toute délégation législative, celles des mesures de police relatives à la lutte contre l'incendie qui doivent... s'appliquer dans l'ensemble du territoire... » (76).

B. — L'AUTORITÉ PRÉFECTORALE.

Nous avons déjà eu l'occasion de constater, à propos des pouvoirs de police de la circulation, que n'a jamais été méconnu le

(75) Crim., 12 avril 1828, Girardeau, Vve Braud, B. 118.287.

(76) Crim., 4 mai 1957, Rudaz, B. 370.669.

caractère exclusif de la compétence du préfet pour réglementer la circulation dans l'enceinte des gares (77). Il y a d'autres exemples du respect des pouvoirs de police spéciale du préfet. Les tribunaux connaissent la règle, — et l'appliquent aux préfets, — suivant laquelle « lorsque le législateur accorde un pouvoir de police spéciale à une autorité donnée autre que le maire, ce dernier ne tient plus de ses attributions de police générale, ni d'une loi de police spéciale antérieure, le droit d'intervenir dans la matière nouvellement réglementée » (78). Il est vrai que cette règle générale du respect des pouvoirs de police spéciale peut se retourner contre le préfet quand la police spéciale appartient au pouvoir central (79). Mais l'autorité préfectorale est moins complètement dessaisie que l'autorité municipale, car les juges interprètent restrictivement les pouvoirs de la police spéciale ministérielle (80).

C. — LE MAIRE.

Enfin les tribunaux judiciaires ont eu l'occasion de confirmer l'autorité du maire dans son caractère personnel d'abord et dans son caractère de pouvoir réglementaire de base.

La jurisprudence n'a jamais manqué de souligner que la police municipale était l'affaire du maire et non du conseil municipal. Sans doute le droit est-il sur ce point parfaitement clair, mais s'il se trouve un juge de police pour qualifier d'arrêté municipal une délibération du conseil du même nom prévoyant le paiement de droits de stationnement et pour le déclarer « valable en la forme, puisque approuvé par décision de l'autorité préfectorale », la Cour de cassation estime de son devoir de rappeler le droit et de dire : « qu'en vertu de l'article 81 du même Code (de l'Administration communale) c'est lui (le maire) qui prend des arrêtés à l'effet d'ordonner des mesures locales sur les objets confiés par les lois à sa vigilance et à son autorité; que ces pouvoirs n'appartiennent pas au Conseil municipal; qu'ils ne peuvent être exercés par le préfet que dans les conditions fixées par l'article 107 du même Code » (81).

Quant à l'étendue du pouvoir ainsi confié au maire, les juges de l'ordre judiciaire lui donnent les dimensions d'une présomption de compétence. Ils appliquent le principe suivant lequel tout pouvoir qui n'a pas été expressément retiré au maire demeure à la

(77) Crim., 17 mars 1866, Hanon, B. 77.130.

(78) Crim., 5 juillet 1961, Bonard, B. 322.615.

(79) C.A. Montpellier, 13 juillet 1960, Bourrely, Sagnes, S.N.C.F., G.P., 1960.2.317.

(80) Crim., 6 février 1909, Fillon, B. 90.173.

(81) Crim., 13 décembre 1961, Cœur, B. 524.1001, D. 1962.S.89.

disposition de ce dernier (82). Les tribunaux judiciaires s'emploient à rechercher les possibilités de conciliation du pouvoir municipal et d'un autre pouvoir (83) et n'hésitent pas à admettre qu'en certaines matières des circonstances particulières, l'urgence par exemple, puissent justifier exceptionnellement l'intervention du maire (84).

§ 2. — Reconnaissance du pouvoir de substitution d'action.

Il est intéressant de relever que, bien avant la loi municipale du 5 avril 1885, la Chambre criminelle a reconnu aux préfets le pouvoir de substitution d'action, même sous l'empire de la loi du 18 juillet 1837, qui paraissait pourtant bien priver le préfet de cette compétence particulière. Elle l'a fait habilement par le recours, souverain, nous l'avons déjà noté, à la notion de sûreté générale. En qualifiant de « mesures de sûreté générale » tout aussi bien la réglementation des bals publics que celle du déchargement des navires ou des débits de boissons, la Cour de cassation a permis à l'autorité préfectorale de reprendre à l'autorité municipale une partie de ce qui lui avait été ôté en 1837 (85).

Toutefois c'est un pouvoir de substitution d'action conforme à l'harmonie des compétences administratives qui a été ainsi reconnu aux préfets. La Cour de cassation exige, comme les juridictions administratives, l'inertie de l'autorité inférieure ou l'illégalité de sa décision. « Il ne leur (aux préfets) appartient pas de se saisir de l'initiative de ces mesures... » (86). C'est, d'autre part, un pouvoir propre aux préfets : le sous-préfet ne dispose d'aucun pouvoir lui permettant d'empiéter sur les attributions du maire, notamment en matière de police rurale (87).

D'une manière plus générale, ce qu'il convient finalement d'observer c'est que la concurrence des pouvoirs est entendue dans le sens de la collaboration et non dans celui de la compétition. Plusieurs autorités de niveau différent peuvent valablement « concourir » au même objet, celui de l'ordre et de l'intérêt publics. Les

(82) Crim., 18 juillet 1876, Mimaud, B. 55.104. Crim., 21 juillet 1876, Ben Abou, B. 173.338.

(83) Crim., 6 novembre 1863, Guyet, B. 257.433. Crim., 12 mai 1933, Duranton, B. 110.211.

(84) Crim., 16 décembre 1876, B. 254.500.

(85) Crim., 17 mai 1861, Boileau, B. 108.185. Crim., 2 août 1862, Naudin, B. 194.332. Crim., 6 juillet 1867, Amiel, Soubiran, B. 157.262.

(86) Crim., 28 août 1862, Lozach et Dehars, B. 223.371.

(87) Crim., 6 juillet 1866, B. 171.279.

règles de compétence doivent aider à cette coexistence dans la mesure où elle peut favoriser une réglementation meilleure.

C'est ce que fait le droit administratif lorsqu'il permet à l'autorité inférieure, nonobstant l'exercice du pouvoir de police par l'autorité supérieure lorsqu'il y a nécessité locale d'une mesure de plus grande rigueur et à la condition qu'il ne s'agisse pas d'une police spéciale. Les tribunaux judiciaires appliquent les mêmes principes. Dans le domaine de la police de la circulation, des circonstances locales particulières pourront autoriser, suivant le cas, le préfet ou le maire, à déroger dans le sens de l'aggravation de la réglementation, aux mesures décidées par l'autorité supérieure, ministre ou préfet (88).

(88) *Crim.* 26 février 1937. *Maxant et autres*, S. 1939.I.33. *Crim.* 15 janvier 1959. *Martelet*, G.P. 1959.I.229.

CHAPITRE II

LE CONTROLE DE LEGALITE, INSTRUMENT DE LA PROTECTION D'UN ORDRE JURIDIQUE ET SOCIAL

Qu'entre les mains des juges de l'ordre judiciaire le contrôle de la légalité administrative puisse se limiter à la consécration des droits de l'Administration, personne ne l'a avancé, personne même ne l'a sérieusement supposé. Au contraire, que ce pouvoir de juridiction exceptionnel puisse dégénérer en usurpation de fonctions, plus d'un l'a craint. Mais entre ces perspectives extrêmes, une hypothèse moyenne, celle d'une sélection et d'une hiérarchisation des devoirs de l'administrateur envers les particuliers, avait sa place. C'est bien dans cette voie que les tribunaux judiciaires se sont engagés. Ils ont ainsi apporté une contribution originale et importante à la définition de certaines exigences de légalité, qui sont très révélatrices des intentions et des tendances qui les ont imposées.

Le contrôle de légalité apparaît alors comme l'instrument privilégié mis à la disposition des juges de droit privé pour défendre les assises, les institutions et la discipline d'un certain ordre juridique et social.

La sensibilité variable des magistrats de l'ordre judiciaire aux moyens d'illégalité soulevés devant eux ne devrait ni étonner, ni choquer. Il est absolument normal que les juges s'inspirent d'une échelle propre des valeurs dans leur appréciation des violations de la loi. Les conflits que les tribunaux judiciaires tranchent quotidiennement affectent essentiellement des situations personnelles et ne touchent qu'indirectement les problèmes d'ensemble qui sollicitent l'intervention de l'administration et provoquent ensuite l'ar-

bitrage de ses juges. Les exigences de l'intérêt général et même les nécessités de l'ordre public (celui que les juridictions pénales font respecter ne recouvre pas exactement celui dont l'administration a la charge) représentent des motivations souvent moins évidentes pour les juges civils que pour les juges administratifs. On aurait tort de faire grief aux tribunaux judiciaires d'être prudents quand ils évoluent en terrain mal reconnu et au contraire de se montrer assurés quand ils manœuvrent dans les domaines du droit privé. Au demeurant notre propos n'est pas de justifier cette attitude, mais d'en présenter les divers aspects pour en saisir toute l'importance.

Il apparaît ainsi nécessaire de distinguer et de suivre les trois lignes de conduite que les juges se sont, consciemment ou non, assignés : le respect des valeurs spécifiquement juridiques d'abord, la défense des droits prééminents de la personne ensuite, l'attachement aux formes classiques de l'organisation économique enfin.

SECTION I

LA DEFENSE DE L'ORDRE JURIDIQUE

La vigilance particulière du contrôle judiciaire se manifeste d'abord par une prédilection particulière pour tous les moyens relevant de la pure technique juridique ou mettant en cause les principes fondamentaux de l'ordonnement juridique. Les problèmes sont alors résolus abstraction faite des matières qu'ils concernent, par les seules références aux règles de légalité externe des actes. Il s'agit toutefois d'autre chose que de la simple vérification de la légalité formelle. L'expression ne rendrait pas compte de l'attention que nous croyons pouvoir prêter aux juges de l'ordre judiciaire lorsqu'ils examinent la validité du cadre juridique de l'action administrative. Pour un magistrat formé par les disciplines du droit privé, admettre la légalité d'un acte c'est d'abord constater qu'une certaine compétence, au sens large du mot, a bien été reconnue à l'auteur de l'acte. Si la vérification du juge est à cet égard minutieuse, ce n'est pas toujours comme on le dit trop facilement, pour éviter un contrôle du fond, mais c'est bien parce que, au regard de l'ordre juridique, la caractérisation de l'acte est aussi importante que son contenu. On n'oubliera pas, on l'a rappelé à propos du contrôle des éléments subjectifs des actes administratifs, qu'en droit privé, en droit civil en tout cas, la cause ou les mobiles de l'acte ont rarement un rôle à jouer dans l'appréciation de la validité de cet acte. C'est dans la mesure même où les tribunaux judiciai-

res sont disposés à reconnaître à l'administration un large pouvoir discrétionnaire découlant de ses responsabilités propres qu'ils estiment devoir se montrer d'autant plus exigeants pour la légalité externe de l'acte.

Pour mettre en évidence combien ce contrôle dépasse celui des formalités et n'a cessé de s'inspirer beaucoup plus des principes généraux que des réglementations contingentes, nous opposerons l'examen des questions véritablement formelles, conduit avec discernement et bon sens, et l'appréciation de la valeur des sources invoquées pour la justification des actes dans laquelle transparaît la volonté des juges d'être les serviteurs rigoureux et exacts de la loi.

§ 1. — Le contrôle de la forme et de la publicité des actes administratifs par les tribunaux judiciaires.

S'il existe assurément un souci judiciaire du respect des formes, on ne saurait le qualifier de formalisme. Par ce que cette expression comporte d'aveuglement et d'étroitesse d'esprit dans l'application de règles mineures, elle serait injuste et ne reconnaîtrait pas l'effort d'organisation et d'harmonisation dont on est redevable aux tribunaux judiciaires dans le domaine de la légalité des formes. Avec la volonté manifeste de ne pas apporter d'entraves inutiles à l'action des autorités administratives, la jurisprudence a construit, dans l'intérêt de l'administré, un corps de règles, véritable code des formes administratives, qui peut être présenté en ses deux branches essentielles, formalités faisant corps avec l'acte, formalités le précédant ou le suivant.

A. — LES EXIGENCES DE LA LÉGALITÉ DES FORMES INCORPORÉES A L'ACTE.

Dans la vérification consciencieuse de l'existence des formalités jugées substantielles, les tribunaux apportent trois tempéraments d'importance. Les deux premiers tiennent aux conditions de preuve des illégalités quant aux formes. D'une part la Cour de cassation a posé depuis un certain temps le principe suivant lequel la preuve de l'accomplissement des formalités ne doit pas obligatoirement résulter d'une mention dans le texte même de l'acte. Malgré l'omission du visa de ces formalités dans l'acte, l'avis d'un conseil municipal et l'approbation préfectorale d'un arrêté municipal peuvent être établis par tous autres moyens d'investigation à la disposition

du juge (1). D'autre part la simple présence du visa du texte qui prévoit les formalités applicables crée une présomption de l'accomplissement de ces formalités (2). Le dernier tempérament tient à l'appréciation des conditions d'exigibilité de la formalité. La recherche de la règle de forme applicable doit partir du fond de l'acte et non de ses apparences. Le fond ne doit pas cesser de gouverner la forme. Qu'il s'agisse des circonstances particulières permettant de dispenser exceptionnellement de certaines approbations (3) ou au contraire du cadre général de l'action administrative (4) le même principe préside à l'examen judiciaire de légalité.

Il reste que les tribunaux judiciaires ne sauraient fermer les yeux devant la violation des règles de forme qui donnent leur valeur à l'acte. La jurisprudence judiciaire connaît depuis longtemps la notion des formalités substantielles. Celles-ci ne tiennent pas seulement à la matière réglementée, mais aussi aux organes qui doivent obligatoirement contribuer à l'élaboration de l'acte, comme garanties de compétence technique ou d'objectivité politique. Ce contrôle ne s'est jamais relâché. L'illégalité ici c'est la nullité en droit civil et les tribunaux ne sont pas tellement dépayés pour la constater. Défaut d'approbation gouvernementale pour des règlements municipaux touchant au pesage et au mesurage (5), défaut de contreseing du ministre sur les actes du Président de la République (6), défaut de l'avis de la commission supérieure des conventions collectives (7), constituent autant de nullités et donc d'illégalités radicales. Quant à l'ordonnance royale qui n'a pas pris la forme d'un règlement d'administration publique et aux décrets qui n'ont pas été pris en conseil des ministres, la même déclaration d'illégalité leur est appliquée (8).

(1) Crim., 7 janvier 1922, Bisel, Vve Junot, B. 15.23. *Contra* : T. civ. Seine, 11 février 1956, R.A.T.P. c/ Adnot, J.C.P., 1956.II.9317, mais il s'agissait d'un acte administratif partie intégrante d'une procédure judiciaire (arrêté de conflit) et le contrôle judiciaire se rattachait alors au contrôle de la qualité de l'auteur de l'acte qu'à celui de ses formes.

(2) Crim., 16 janvier 1957, Synd. des boulangers de l'arrond. de Senlis, B. 52.86.

(3) Crim., 30 novembre 1872, Luciani et autres, B. 298.510.

(4) Crim., 13 janvier 1955, Houllbracq, B. 36.58.

(5) Crim., 16 mars 1822, Jacolin et Bernard, *in* Henrion du Pansey, « Du pouvoir municipal », 3^e éd., 1833, p. 212 et Artur, *op. cit.*, p. 482.

(6) C.A., A.O.F., 21 mai 1909, Gour N'Daron, Gueye, etc., S. 1910.2.177.

(7) Crim., 4 juillet 1951, Guiller, B. 193.336.

(8) Crim., 14 juin 1844, Marcellin, D. Rep., v^o Régl. Adm., n^o 37, et Artur, *op. cit.*, p. 483. C.A., Paris, 9 mai 1956, Lefevre, Pussin, B. 1956.J.491, G.P., 1956.2, Somm., p. 4. Crim., 29 janvier 1957, Saunier, B. 97.163, J.C.P., 1957. II.9862. Crim., 4 janvier 1958, Baclet, B. 15.26.

**B. — LE CONTROLE JUDICIAIRE
DE LA PUBLICITÉ DES ACTES ADMINISTRATIFS.**

L'œuvre de la jurisprudence judiciaire est en ce domaine, spécialement remarquable. S'il est certain que la publicité n'est pas un élément de la légalité de l'acte, il s'agit cependant d'une condition essentielle de son opposabilité aux tiers et par conséquent d'un élément important de la légalité de l'action administrative. C'est par analogie avec les règles de la publicité des actes privés qu'ont été élaborées les règles jugées applicables aux actes du droit public. Deux idées maîtresses paraissent avoir guidé les juges : d'une part la publicité est avant tout une garantie pour l'administré (9), d'autre part la publicité doit toutefois être adaptée aux moyens de l'Administration et à la nature de l'acte en cause.

Dans presque tous les arrêts où un moyen tiré du défaut ou de l'insuffisance de publicité de l'acte opposé est invoqué, la Cour de cassation rappelle expressément l'obligation de l'Administration de publier l'acte qu'elle entend faire exécuter. Voici la formule centenaire de l'arrêt Loustau : « Attendu que pour être obligatoires, les actes de l'autorité doivent être légalement publiés quand ils s'adressent à l'universalité des citoyens ou régulièrement notifiés à ceux qu'ils concernent quand ils ne sont relatifs qu'à certaines personnes déterminées... » (10). Il s'agit là pour la Cour suprême d'une exigence substantielle dont l'omission ou l'irrégularité ne sauraient être couvertes, par exemple, par la connaissance personnelle que les administrés auraient de l'acte (11). De ce premier principe, la Chambre criminelle a déduit deux conséquences importantes. Elle ne considère pas comme publiés, les actes qui ont fait seulement l'objet de diffusions purement administratives. L'insertion, dans les bulletins destinés aux agents de l'administration, des règlements préfectoraux ou municipaux ne vaut pas publication (12). Elle estime d'autre part que la preuve de la publication, en cas de contestation, incombe au ministère public (13). Sans

(9) La jurisprudence judiciaire ne se préoccupe pas des effets de la publicité ou de la non-publicité à l'intérieur de l'Administration. Sur cette question, cf. la note de M. Morange sous C.E., 26 novembre 1954, Delle Balthazard, D. 1955.J.524.

(10) Crim., 8 janvier 1859, B. 13.17, S. 1859.I.787.

(11) Crim., 29 juillet 1898, Couet, B. 274.493. Crim., 5 mai 1923, Besse, S. 1923.I.398. Crim., 2 juillet 1931, Chassaing, B. 193.366.

(12) Crim., 25 mars 1904, de Bonnevie de Pogniat, de Vergnette de Lamotte, B. 166.286. Crim., 18 mars 1910, Wuillaume, S. 1912.I.119. Crim., 18 octobre 1913, Crispo, B. 448.857. Crim., 2 janvier 1914, Frotey, B. 2.3.

(13) Crim., 26 juin 1857, Fréalle, B. 244.283. Crim., 13 mai 1910, de Revel du Perron, S. 1912.I.119. Crim., 12 novembre 1932, Dame André et autres, B. 235.444, G.P., 1932.2.955.

doute sur les moyens de cette preuve, la jurisprudence s'en tient-elle à une position moins rigoureuse que nous avons déjà signalée et a-t-elle même admis que certaines, de circonstances de fait, pouvaient créer des présomptions légales de publicité (14).

C'est qu'en effet même sur ces questions qui leur semblent plus familières les tribunaux judiciaires ne cherchent pas à imposer des solutions qui contrarieraient directement l'action normale de l'administration. S'ils se sentent assez sûrs pour formuler de fermes principes, ils tiennent en même temps à faire preuve de souplesse dans leur application et ils veillent surtout à ce que le mode de publicité soit bien approprié à la nature et à l'objet de l'acte en cause.

S'il s'agit d'un acte individuel, ils exigent évidemment la notification personnelle (15), en relevant, quand il existe, le texte légal qui impose cette formalité (16). S'il s'agit d'un acte contenant des dispositions réglementaires, ce que la jurisprudence reconnaît au contenu de l'acte (17), le seul affichage est jugé suffisant (18). Dans certains cas particuliers, l'affichage n'est même pas jugé nécessaire si l'usage local désigne un mode plus approprié (19). Très logiquement enfin, puisque la jurisprudence judiciaire ne se préoccupe de la publicité des actes administratifs qu'en considération des droits des administrés, elle se refuse à subordonner le caractère obligatoire de l'acte à l'accomplissement de formalités purement intérieures, telles que l'inscription d'un règlement municipal sur les registres de la mairie (20).

§ 2. — Le contrôle judiciaire de la valeur des sources de droit invoquées par l'administration.

Les problèmes soulevés par la valeur relative et les conditions d'applicabilité des textes invoqués comme sources de droit relèvent évidemment de la pure technique juridique. A les résoudre,

(14) Crim., 12 juin 1913, Chesnelong, B. 250.557. Crim., 16 juillet 1937, Gérôme, B. 156.282. Crim., 8 janvier 1953, Raffier, B. 9.13.

(15) Crim., Loustau déjà cité et Crim., 9 avril 1914, Chauvet et autres, B. 200.375.

(16) C.A., Nancy, 24 janvier 1951, Dupont et autres, D. 1951.S.44, G.P., 1951.I.262.

(17) Crim., 7 juillet 1943, Sabarots, D.A., 1943.J.82.

(18) Crim., 6 décembre 1862, Lesbats, B. 269.451. Crim., 10 août 1916, Joséphine Bernier, S. 1920.I.141. Crim., 3 avril 1930, Malbois, B. 105.214. T. cor. Gex, 31 juillet 1942, Henzer, G.P., 1942.2.261.

(19) Crim., 10 avril 1919, Hamou, S. 1921.I.191.

(20) Crim., 12 novembre 1887, Cadieu, B. 388.611. Crim., 2 janvier 1914, Jourdin et autres, B. 3.5.

les juges de l'ordre judiciaire s'attachent avec intérêt et minutie. C'est cela surtout que nous voulons mettre en relief, une prise de conscience particulière, chez les magistrats, de l'importance de vérifications ou de recherches pourtant assez arides en elles-mêmes. Que le résultat de ces examens ne soit pas souvent défavorable à l'Administration est plutôt rassurant, mais ne diminue en rien les enseignements qui peuvent être retirés de cette attitude de principe.

Des trois catégories classiques de sources textuelles, constitutionnelles, législatives et réglementaires, seules les deux dernières peuvent poser et ont posé effectivement des problèmes délicats. Les tribunaux judiciaires n'ont jamais admis l'exception d'inconstitutionnalité et n'ont jamais cherché, en exerçant le contrôle de légalité, à se placer au-dessus de la loi. La supériorité de la Constitution, solidement inscrite dans tous les régimes qui se sont succédés depuis la Révolution, la continuité des constitutions rigides, n'ont pu autoriser dans l'esprit des magistrats une discrimination de nature entre loi et constitution. La loi reste pour les juges un acte « incontestable » et lorsque le contrôle de la constitutionnalité de la loi est sollicité des tribunaux judiciaires, ceux-ci s'y refusent expressément (21).

Par contre lorsque se trouvent mises en discussion soit la valeur législative du texte invoqué comme loi, soit les exigences de la subordination du texte inférieur au texte supérieur, le contrôle judiciaire reprend tous ses droits.

A. — LE CONTROLE DE LA VALEUR LÉGISLATIVE DU TEXTE INVOQUÉ COMME LOI.

La loi, à proprement parler, ne peut soulever des problèmes de validité, mais seulement d'applicabilité. Les contrariétés de textes législatifs ne se règlent pas par déclaration d'illégalité d'une loi par rapport à une autre, mais par déclaration d'application d'une loi plutôt que de telle autre, sur les bases des principes classiques suivant lesquels la loi la plus récente est préférée à la loi la plus ancienne et la loi la plus spéciale à la loi la plus générale.

Mais il reste au contrôleur de la légalité le devoir de vérifier si le texte invoqué devant lui doit être tenu pour loi. S'il ne peut guère y avoir de difficultés quant à la présentation et à la teneur du texte, grâce au *Journal officiel* et à l'article 1^{er} du Code civil, il peut en survenir — et il en est survenu — depuis que s'est développée la pratique de la codification des textes législatifs épars et

(21) Crim., 11 mai 1955, Igne, B. 237.429. Crim., 2 février 1956, Cros, B. 128.226.

depuis qu'une brèche a été ouverte dans le système de l'unicité de la source législative.

a) La codification présente l'avantage extrêmement appréciable en période d'inflation législative de pouvoir retrouver facilement la loi applicable. Elle présente l'inconvénient grave d'abandonner à un organe non-législatif le soin de rajeunir la présentation externe de la loi, exposée par là même à la tentation des retouches. Le législateur lui-même a plus d'une fois favorisé les initiatives de l'autorité codifiante en lui reconnaissant un pouvoir « d'harmonisation » assez insolite (loi du 31 décembre 1948, art. 15). On devine dès lors aisément devant quelles difficultés se trouve le juge quand est soulevée la question de la conformité du texte codifié au texte législatif original : le texte codifié a-t-il conservé la valeur législative du texte original ?

Le jugement rendu le 16 février 1954 par le Tribunal correctionnel de la Seine fournit un bon exemple de la complexité de ces questions (22).

Le texte attaqué était celui du décret du 6 avril 1950 formant Code général des impôts. Au départ le Parlement avait fixé au gouvernement une date limite pour le dépôt des décrets soumis à l'approbation législative et la veille de l'expiration du délai, l'exécutif présentait deux décrets, l'un portant réforme fiscale, l'autre refonte des codes fiscaux. Or les deux textes ne concordaient pas exactement et à dessein : si la réforme devait être rejetée, on espérait au moins l'approbation de la nouvelle codification. Par un article assez ambigu (23), la loi du 31 décembre 1948 ratifiait finalement ces deux textes, mais en prévoyant que la promulgation des codes refondus serait « différée jusqu'à ce qu'il fut procédé par règlement d'administration publique à la mise en harmonie de l'ensemble du nouveau code avec ces dernières dispositions ».

Or, si le décret du 9 décembre 1948 portant réforme fiscale fut effectivement publié et si sa ratification par l'effet de la loi du 31 décembre 1948 devait être assez facilement consacrée par la jurisprudence (24), par contre, le décret du 9 décembre 1948 portant codification ne fut pas régulièrement publié au *Journal Officiel*. Il fut seulement reproduit dans les documents parlementaires,

(22) T. cor. Seine, 16 février 1954, Beissah, G.P., 1954.I.162.

(23) « Les dispositions du Code général des Impôts annexé au décret du 9 décembre 1948 se substituent à celles des codes actuellement en vigueur dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux dispositions du décret portant réforme fiscale appelées à entrer en application à la date du 1^{er} janvier 1949. »

(24) C.E., Guiolet, 9 mars 1951, G.P., 1951.I.258, J.C.P., 51.II.6307. Crim., 3 juillet 1952, J.C.P., 1953.II.7358.

ce qui permettait peut-être de ne pas le déclarer « complètement introuvable », suivant l'expression du commissaire du gouvernement M. Donnedieu de Vabres, mais qui rendait très discutable la réalité de sa ratification. Demeuraient toutefois ses dispositions que reprenait le décret du 6 avril 1950, lequel, publié, devenait le nouveau Code général des impôts et se présentait comme le texte de valeur législative, issu finalement de cette longue gestation.

On voit ainsi que toute contestation de légalité du Code de 1950 obligeait à une véritable étude historique du texte et à une minutieuse analyse de sa genèse. C'est bien à quoi le Tribunal correctionnel de la Seine s'est employé avec un grand souci de précision, lorsque fut soulevée devant lui l'exception d'illégalité de plusieurs articles du Code. Le tribunal devait finalement se rallier à la thèse de la ratification implicite du fait de la mention des dispositions contestées dans deux lois d'amnistie postérieures et de leur modification par une loi de finances de 1952. Et malgré certaines réserves de la doctrine (25), le Conseil d'Etat et la Cour de cassation devaient se prononcer dans le même sens (26).

b) Le bouleversement apporté par la Constitution de 1958 dans le régime des domaines respectifs de la loi et du règlement, déjà évoqué dans notre première partie au sujet des règlements autonomes, a posé un autre problème sur le plan du contrôle de légalité : celui de la compétence législative exceptionnelle de l'exécutif, et par conséquent de la difficile reconnaissance des actes législatifs émanant du titulaire de l'exécutif. Un auteur ayant employé à ce propos l'expression de « subversion de l'ordre juridique » (27), il paraît nécessaire de vérifier si les tribunaux judiciaires sont armés pour y faire face.

La réponse nous paraît devoir être affirmative, au moins au point de vue technique. Rompus depuis longtemps aux exercices d'interprétation, de rapprochements et de combinaison de textes, les juges ne paraissent pas avoir eu plus de mal à s'assimiler les principes nouveaux de la répartition des compétences législatives. Deux dispositions de la Constitution de 1958, l'article 34 et l'article 92, ayant été invoquées devant les juridictions pénales à l'appui d'exceptions d'illégalité, la Cour de cassation a eu l'occasion d'en

(25) CHRÉTIEN, *Les décisions juridictionnelles relatives à l'illégalité de certaines dispositions du Code général des Impôts*, J.C.P., 1955.I.1241.

(26) C.E., Commune de St-Yorre, 12 novembre 1954, Bull. des Contrib. ind., janvier 1955, p. 19. Crim., 14 mai 1958, Sutter et Maillet, B. 388.686. Crim., 19 mai 1960, Damm., B. 274.563.

(27) P. DURAND, *La décadence de la loi dans la Constitution de la V^e République*, J.C.P., 1959.I.1470.

préciser la portée. Elle a d'une part décidé que l'ordonnance du 8 octobre 1958, sur les conditions de jugement de certains terroristes, prise en application de l'article 92 de la Constitution, avait la valeur pleine et entière de loi et n'était pas susceptible d'un contrôle juridictionnel (28). Elle a d'autre part spécifié que la nouvelle délimitation des matières réservées à la loi ne faisait pas obstacle au maintien en vigueur de textes législatifs antérieurs à la Constitution et prévoyant une procédure particulière pour des mesures d'urgence : ainsi en a-t-elle décidé pour la loi du 16 mars 1956 qui a pu autoriser l'intervention d'un décret du 7 avril 1959, relatif à l'organisation des juridictions militaires en Algérie (29).

B. — LE CONTROLE JUDICIAIRE DE LA SUBORDINATION DES SOURCES ÉCRITES A LA LOI.

Au-dessous de la loi tous les autres actes sont « contestables ». Ils le sont en vertu même de leur caractère, essentiel jusqu'en 1958, d'acte subordonné à la loi. L'apparition des règlements autonomes a sans doute ouvert dans le régime général des règlements administratifs une brèche qu'il n'est pas possible de négliger, mais elle n'a rien modifié des principes applicables aux autres actes administratifs. Ceux-ci demeurent gouvernés par une étroite et rigide hiérarchisation des textes, qui, pour relever proprement du droit administratif, n'en représente pas moins un élément important de l'ordonnancement du droit français. Les tribunaux judiciaires se sont montrés toujours très attentifs à cet aspect technique de la légalité administrative, quelles que soient les catégories d'actes en cause et quels que soient les intérêts, publics ou privés, menacés.

a) La vérification de la subordination d'un acte administratif à la loi ne soulève la plupart du temps aucune difficulté juridique spéciale. L'arrêté ministériel ou l'arrêté gubernatorial intervenant en contradiction des dispositions d'un décret ayant valeur de loi (pris en matière coloniale) sont à l'évidence illégaux (30). Illégal ne l'est pas moins l'arrêté qui a été pris en l'absence du décret, dès lors que la loi avait prévu l'obligatoire et préalable parution d'un décret pour organiser l'application de la loi (31). La loi tem-

(28) Crim., 28 mai 1959, Bouazza Ahmed, J.C.P., II.11152, avec la note de M. Vedel qui explicite l'arrêt.

(29) Crim., 25 juin 1959, Moussi Alloui, B. 332.672.

(30) Civ., 27 avril 1926, Pham-Van-Muoi c/ Duong du Thuong Khanh, D.H., 1926.350, D.P., 1927.I.9, avec la note de M. Rolland. T. cor. Laval, 28 avril 1961, Compagnon, G.P., 1961.2.18.

(31) Crim., 14 février 1956, Lecourtois, B. 156.284.

poraire, son délai d'efficiencia expiré, ne peut revivre par la seule vertu d'un décret (32).

Mais s'il est sans intérêt d'allonger une liste de décisions de justice qui n'ajoutent rien à des règles parfaitement connues du droit administratif, il paraît toutefois opportun de s'arrêter quelques instants sur le contrôle judiciaire des textes réglementaires pris en vertu des lois d'habilitation. Le problème de la subordination de la volonté administrative à la loi revêt en ce domaine un aspect particulier.

Il n'y a certainement pas lieu de reprendre ici l'étude critique de ce procédé nouveau de législation si difficilement soutenable en théorie et qui est parvenu cependant à s'imposer et finalement à figurer dans la Constitution (art. 38) (33). Ce qu'il convient seulement de mettre en relief c'est que le contrôle juridictionnel sur les actes émanant du délégué du législatif est en même temps plus limité et plus délicat. Plus limité puisqu'à l'intérieur des matières déléguées le gouvernement dispose du même pouvoir « initial et inconditionné » que le législateur, sous la seule réserve d'éventuelles interdictions de recours à certaines mesures. Plus délicat puisqu'il appartient alors au juge de préciser les limites du domaine temporairement abandonné à l'exécutif et quelquefois de trancher d'épineuses questions touchant la portée de la loi d'habilitation. Ce contrôle délicat, les tribunaux judiciaires ne l'ont jamais éludé et la diversité même des solutions données par plusieurs juridictions d'un problème unique de légalité atteste autant de l'intérêt accordé à ces questions que de leur difficulté. Nous en donnerons un exemple récent et caractéristique.

Le dernier gouvernement de la IV^e République, celui du général de Gaulle, prit, le 24 juin 1958, un décret destiné à remplacer deux

(32) Crim., 21 mars 1957, Comité de Direction de l'accord interprof. de la Chicorée, Rec. Dr. Pén., 1957, p. 183.

(33) La question de la délégation législative de pouvoirs n'a pas cessé d'inspirer des œuvres et des commentaires auxquels il importe de se référer :

Thèses : DELVOLVÉ, *Les délégations de matières en droit public*, Toulouse, 1930. MIGNON, *La pratique des décrets-lois et les principes généraux du droit public*, Lille, 1938. SOUBEYROL, *Les décrets-lois sous la IV^e République*, Bordeaux, 1955.

Articles : PINTO, « La loi du 17 août 1948 », R.D.P., 1948, p. 517. DE LAUBADÈRE, « Des pleins pouvoirs aux demi décrets-lois », D. 1952, Chr., p. 35. DE LAUBADÈRE, « L'article 13, in La Constitution de la IV^e République », Etudes juridiques de l'Association Cujas, nos 3-4, mars-avril 1954. CHAPUS, « La loi du 11 juillet 1953 et la question des décrets-lois », R.D.P., 1953, p. 954. CHAPUS, « De la soumission au droit des règlements autonomes », D. 1960, Chr. p. 119. CHARPENTIER, « Les lois cadres et la fonction gouvernementale », R.D.P., 1958, p. 220. J. DE SOTO, « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », R.D.P., 1959, p. 240. M. WALINE, « Les rapports entre la loi et le règlement », R.D.P., 1959, p. 699.

dispositions annulées d'un précédent décret du 9 août 1953, lesquelles avaient pour objet de créer des incriminations pénales nouvelles en matière de contrôle des prix. Pour justifier la légalité de ce texte qui, ajoutant à la loi pénale et l'aggravant, ne pouvait normalement émaner que du seul pouvoir législatif, le gouvernement agit dans le cadre de la délégation législative consentie par la loi du 13 décembre 1957. Le Parlement y avait effectivement prévu le recours du gouvernement aux moyens répressifs établis par l'ordonnance du 30 juin 1945. Cependant plus d'un justiciable attirait devant la juridiction correctionnelle, sous les préventions créées par le décret du 24 juin 1958, en a contesté la légalité.

Le moyen invoqué à l'appui de l'exception soulevée était que le gouvernement de juin 1958 ne pouvait utiliser les pouvoirs accordés par la loi du 13 décembre 1957 à un autre gouvernement, celui de M. Félix Gaillard. En d'autres termes, la délégation de pouvoir législatif devait être tenue, sauf dispositions expresses contraires, pour limitée à la durée du gouvernement qui l'avait sollicitée et obtenue. Et dans le cas d'espèce, on pouvait ajouter que le gouvernement de Gaulle avait d'autre part sollicité et obtenu une autre loi de pleins pouvoirs, celle du 3 juin 1958, qui n'autorisait pas la création de qualifications et de sanctions pénales. Si bien qu'en définitive l'exception donnait à juger deux points : d'une part, une délégation du pouvoir législatif peut-elle habiliter un autre gouvernement que celui qui l'a reçue, d'autre part, pour le cas où il serait répondu affirmativement à la première question, un gouvernement peut-il utiliser à son choix telle ou telle autre loi de délégation ?

La thèse favorable au gouvernement a été soutenue d'abord par le Tribunal correctionnel de Lyon (34). Celui-ci a admis la légalité du décret du 24 juin 1958 au motif qu'une loi d'habilitation ne constitue un acte de confiance à l'égard d'un gouvernement déterminé que s'il s'agit d'une délégation de pleins-pouvoirs ou de contenu politique. La loi du 13 décembre 1957 n'ayant eu qu'un objectif limité et n'ayant d'ailleurs fixé d'autre borne à son application dans le temps que la date du 30 juin 1958, pouvait donc continuer à être utilisée avant cette date, par n'importe quel gouvernement. Par la suite, la Cour de Bordeaux (35) réformant la décision du Tribunal correctionnel de la même ville, puis la Cour de Paris (36),

(34) T. cor., Lyon, 18 mai 1960, Colin et S.A.R.L., Radio Matériel, J.C.P., 1960.II.11635.

(35) C.A., Bordeaux, 11 juillet 1960, Barjolle et Soc. Bisc. Olibet, G.P., 1960.2.148.

(36) C.A., Paris, 7 février 1961, Nicolas et Soc. Brandt, G.P., 1961.I.170.

parvenait aux mêmes conclusions, celle-ci en constatant que la loi du 13 décembre 1957, en accordant à l'exécutif le droit de prendre des décrets d'ordre pénal, n'avait pas utilisé les formules restrictives (gouvernement en fonctions, présent gouvernement) qui seules caractérisent les délégations caduques en même temps que le gouvernement demandeur, celle-là en ajoutant que la loi du 13 décembre 1937 avait une portée beaucoup plus restreinte que celle du 3 juin 1958 et que leur différence de nature et d'objet rendait parfaitement conciliables leurs divergences sur la possibilité de création de sanctions pénales.

Au contraire le Tribunal correctionnel de Bordeaux (37) devait estimer que rien dans la lettre de la loi de 1957, ni dans son objet, ne permettait de renverser la présomption de caractère personnel que revêt toute délégation du pouvoir législatif. Par ailleurs le tribunal considérait que la loi du 13 décembre 1957 « s'est trouvée implicitement abrogée par la loi plus large et plus générale du 3 juin 1958 qui permettait au gouvernement de prendre par décret les dispositions jugées nécessaires au redressement de la nation, tandis que la loi du 13 décembre 1957 ne concernait que le rétablissement économique et financier ». Cette thèse devait recevoir l'approbation de M. le Professeur Auby (38). Le savant auteur insistait sur l'*intuitus personae* qui caractérise le transfert exceptionnel de la compétence législative à un gouvernement donné et estimait d'autre part que si les lois de délégation de 1957 et de 1958 ne se situaient pas exactement sur le même plan, elles ne constituaient cependant toutes deux que la mise en œuvre de délégations limitées et non générales. Dès lors la plus ancienne, pour échapper à l'abrogation impliquée par la plus récente, ne pouvait se prévaloir du principe de la dérogation des lois spéciales aux lois générales.

Il est vrai que la Cour de cassation, après avoir admis implicitement la légalité du décret en cause (39) en a expressément reconnu la validité (40). Pour elle, la loi du 13 décembre 1957, « donnait de tels pouvoirs à tout gouvernement en fonctions avant l'expiration du délai qu'elle fixait, que ses dispositions ne sont pas incompatibles avec celles de la loi du 3 juin 1958 qui a accordé au gouvernement les pleins pouvoirs; ...que ces deux lois n'avaient pas le même objet, et que l'interdiction formulée par la seconde ne faisait pas obstacle à ce que le gouvernement pût, dans la matière

(37) T. cor., Bordeaux, 10 juin 1960, J.C.P., 1960.II.11666 bis.

(38) Chr. IX, au D. 1960, p. 46.

(39) Crim., 13 juillet 1961, Barjolle, B. 339.645, G.P., 1961.2.84.

(40) Crim., 11 juillet 1962, Nicolas et Soc. Brandt, J.C.P., 1962.II.12799.

spéciale du rétablissement de la libre concurrence, disposer des pouvoirs plus étendus qui lui avaient été antérieurement conférés... ».

De cette controverse judiciaire, maintenant close, deux éléments positifs méritent d'être retenus. Sur le plan de l'espèce d'abord, une notion, celle de la personnalisation de la délégation législative, a été approfondie : si dans le cas particulier c'est le caractère impersonnel qui a prévalu, c'est en raison d'éléments appréciés par le juge et non en vertu d'une présomption générale. Les tribunaux n'ont ainsi rien abandonné de leurs pouvoirs de contrôle qu'ils ont mieux préparés à de nouvelles interventions. Sur le plan général ensuite, confirmant ce qui a déjà été observé, se marque la volonté des juges d'atteindre au cœur du débat, de n'en négliger aucun des aspects essentiels en pleine conscience du rôle qui leur est dévolu de préciser et maintenir les assises de l'ordre juridique.

b) Et quand l'ordre juridique menacé est celui-là même dont les tribunaux judiciaires sont les juges exclusifs, comment leur attention pourrait-elle être distraite et leur contrôle superficiel ? Lorsque, sous le régime antérieur à celui des règlements autonomes, des juridictions répressives ont constaté que des sanctions pénales se trouvaient prévues par des actes administratifs seulement, c'est à un sentiment instinctif de préservation du droit qu'ils ont obéi pour en fulminer la déclaration d'illégalité (41).

Cette réaction saine de l'instinct juridique, l'Administration la connaît depuis longtemps et il ne lui arrive guère plus de s'ériger irrégulièrement en législateur pénal. Mais elle peut être tentée parfois d'étendre le champ d'application d'un texte pénal rigoureusement légal. Pour être moins flagrante, l'atteinte au plus fondamental principe du droit pénal n'en est pas moins vigoureusement dénoncée par les tribunaux répressifs. Que l'administration ait accru par simple arrêté une réglementation pénalement obligatoire lorsqu'elle a forme de décret, ou que, fait plus grave, un décret prévoie, pour le respect des prescriptions nouvelles qu'il comporte, l'application des sanctions pénales antérieurement prévues pour des infractions limitativement spécifiées, c'est le même refus de tout concours judiciaire à ces mesures qui est opposé (42).

(41) C.A., Paris, 4 décembre 1827, Vacheron, Rep. D., 1846, V° arme, n° 74. C.A., Paris, 25 février 1829, Caquate, Rép., D. 1846, V° arme, n° 74. Crim., 15 juillet 1854, Choulet, D.P., 1854.I.290. C.A., Lyon, 9 mars 1951, Sanguedolce, D. 1951.J.408.

(42) Crim., 6 octobre 1955, Syndicat des Maîtres Coiffeurs de Niort c/ Baconnneau, D. 1956.J.539. T. cor., Seine, 28 mars 1957, Fouet, J.C.P., 1959.II. 11228.

**§ 3. — Les tribunaux judiciaires
et la défense des principes généraux du droit
dégagés par la jurisprudence administrative.**

La volonté très visible et très continue des tribunaux de rattacher directement leur contrôle de la légalité administrative aux exigences écrites des lois et, de manière plus générale, d'un régime juridique fondé sur la primauté de la loi, pourrait faire douter de l'existence, aux yeux des juges de l'ordre judiciaire dans ce contentieux particulier, de sources de droit distinctes des sources législatives. Ces principes généraux du droit qui connaissent depuis près de vingt ans dans la jurisprudence administrative une ferveur croissante et qui sont à l'origine de décisions capitales du Conseil d'Etat, les tribunaux judiciaires les connaissent-ils, et les appliquent-ils ?

La réponse serait négative si l'on devait s'en tenir à la recherche dans la jurisprudence judiciaire de références expresses aux principes généraux du droit tels que les juridictions administratives les formulent. Les principes que M. Jeanneau a soigneusement inventoriés (43), nous ne les retrouvons pas dans les décisions judiciaires. Mais il serait inexact d'en déduire que les juges civils ou répressifs méconnaissent que l'Administration puisse se trouver liée par des obligations d'un caractère général non inscrites dans les lois.

Sans doute dans l'esprit des juges le recours à des normes administratives qui ne résultent pas de textes ne doit-il revêtir qu'un caractère essentiellement subsidiaire et ne doit-il correspondre qu'à l'absence de loi ou de tout autre principe découlant de l'application d'une loi. Non certes que les tribunaux judiciaires ne soient pas habitués à se servir de règles héritées de la tradition plus que du droit écrit et dont l'autorité vaut mieux que la forme archaïque qui les enrobe. Mais si les juges du droit privé se sentent parfaitement à l'aise pour pallier dans leurs domaines « le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi », ils ont beaucoup plus de scrupules à se faire les définisseurs des principes généraux d'un ordre qui n'est pas le leur.

Ils l'ont cependant fait quelquefois en appliquant, sans lui donner son nom en droit administratif, le principe de l'égalité des citoyens devant la loi et le règlement. Il semble même que la Cour

(43) B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la Jurisprudence administrative*, 1954, Sirey.

de cassation ait devancé le Conseil d'Etat pour dégager la règle suivant laquelle l'autorité administrative qui décide de soumettre une activité ou une faculté à une réglementation ne peut, sauf circonstances justifiées par la loi, procéder que par voie de disposition générale et ne peut établir, à l'intérieur de la collectivité concernée, de catégories d'usagers privilégiés. En 1887, en tous cas, la Chambre criminelle constate l'illégalité d'un arrêté municipal interdisant l'élevage d'animaux de basse-cour, sauf autorisation particulière laissée à la discrétion du maire, « attendu, dit la Cour suprême, ... que le maire de Créteil s'attribue le pouvoir de dispenser arbitrairement tels ou tels habitants de la commune d'exécuter les prescriptions dont il s'agit, que ce règlement cesse dès lors, d'avoir un caractère général, puisqu'il permet à l'administration municipale d'accorder des dispenses de faveur dont l'effet serait de créer des privilèges et qu'à ce titre encore il est entaché d'illégalité... » (44).

Cette exigence de généralité de la réglementation, les tribunaux judiciaires n'ont pas cessé de la maintenir, soit en constatant qu'elle est remplie (45), soit en sanctionnant sa méconnaissance dans tous les régimes de faveur irrégulièrement institués (46). Comme nous l'avons dit au sujet de l'appréciation de la réglementation sur le stationnement, ce moyen d'illégalité est toujours susceptible d'utilisations actuelles.

Il ne saurait être question toutefois de donner à l'application judiciaire d'un principe général du droit, au sens administratif du terme, une importance que ne justifierait pas son caractère assez exceptionnel. Il était certes nécessaire, sur le plan de la définition d'un ordre juridique, de relever que la notion judiciaire de légalité n'est en rien plus restrictive que la notion administrative, mais il faut en même temps observer que les références extra-législatives ne tiennent pas la même place dans la jurisprudence judiciaire et dans la jurisprudence administrative. Dans leur appréciation de la légalité administrative, chacune laisse son empreinte particulière et pour ce qui est des principes généraux du droit, on ne peut que constater, avec M. Jeanneau, que dans le droit privé ils « jouent un rôle interprétatif, beaucoup plus que supplétif » (47).

(44) Crim., 14 mai 1887, Lebreton frères et Desnelier, B. 192.291, S. 1887. I.400.

(45) Crim., 28 novembre 1896, Letendre, B. 346.535.

(46) Crim., 26 juillet 1957, Carraze, B. 594.1065.

(47) *Op. cit.*, p. 202.

SECTION II

LA DEFENSE DES DROITS DE LA PERSONNE
PAR LE CONTROLE DE LA LEGALITE
DES MESURES ADMINISTRATIVES
CONCERNANT LES LIBERTES PUBLIQUES ET INDIVIDUELLES

On sait qu'après avoir longtemps négligé cette part si importante du droit que constituent les libertés attachées à la personne humaine, l'enseignement juridique officiel, au niveau de la licence, a fait place depuis quelques années à un cours de libertés publiques désormais obligatoire dans toutes les sections. Il est permis de dire que cet encouragement à l'étude n'était peut-être pas superflu. La doctrine donnait jusqu'alors l'impression de ne porter intérêt à ces questions qu'en période de crise, lorsque, par leur nombre et leur gravité, les atteintes aux libertés étendent leur menace à l'ensemble des citoyens. Le branle étant maintenant donné, les tribunaux pourront tirer profit des travaux et des recherches qui se développent.

Sur plus d'une question toutefois, les jurisprudences, administrative et judiciaire, ont déjà largement débrouillé les questions. Pour ne parler ici que des tribunaux judiciaires, c'est une justice à leur rendre que pendant la plus grande partie du XIX^e siècle, ils ont patiemment, presque seuls, maintenu et augmenté le corps plus ou moins défini des libertés publiques. C'est en effet, plus tardivement, lorsque les moyens lui en ont été donnés, que le Conseil d'Etat a entrepris et poursuivi avec éclat son œuvre de moralisation administrative qui a beaucoup contribué à l'affermissement des libertés individuelles (48).

Il serait cependant excessif de vouloir dégager des décisions judiciaires une véritable théorie des libertés publiques. Si les réactions des juges de l'ordre judiciaire ont été souvent soutenues par leur attachement à certaines formes de libéralisme politique, rien dans la jurisprudence n'indique qu'elles procèdent d'un corps de doctrine identifiable et cohérent. Il nous paraît donc plus raisonna-

(48) C'est un magistrat de l'ordre judiciaire qui écrit : « Qu'on ne dise pas d'ailleurs que les tribunaux de l'ordre judiciaire sont les gardiens traditionnels des libertés humaines. Le libéralisme du Conseil d'Etat, son impartialité, sa largeur de vues sont la meilleure réfutation d'une thèse aussi injuste. » R. MEURISSE, *La définition de la voie de fait d'après les arrêts du Tribunal des Conflits du 17 mars 1949 et les arrêts du Conseil d'Etat du 30 juillet 1949*, G.P., 1950.2, D. 28.

ble de présenter cette contribution particulière sous sa forme la plus concrète, à partir des questions de légalité auxquelles les juges ont apporté une solution.

Dans cette présentation de la jurisprudence judiciaire, nous suivrons une distinction simple : d'une part la matière des libertés plus proprement publiques et qui se ramène essentiellement aux diverses formes de la liberté d'expression, d'autre part la matière des libertés plus proprement individuelles, car plus attachées aux pouvoirs physiques de la personne, libre de se déplacer, libre de ne pas être déplacée.

§ 1. — La protection des libertés publiques d'expression.

Dans le domaine des libertés publiques d'expression, les positions des tribunaux judiciaires ont toujours été plus proches des doctrines politiques libérales qui ont le plus souvent prévalu en France depuis la Révolution que des prétentions gouvernementales et donc administratives. On le vérifiera successivement en ce qui concerne la liberté de la presse proprement dite, la liberté de l'affichage et la liberté des spectacles.

A. — LE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ ET LA LIBERTÉ DE LA PRESSE.

Le principe auquel les tribunaux ont très tôt obéi et auquel ils se sont tenus strictement par la suite est celui de la compétence législative exclusive en matière de réglementation des libertés publiques. Reconnu par la déclaration des droits de l'homme de 1789, le principe devait assez rapidement décliner avec les régimes qui se succédèrent jusqu'en 1830. C'est une décision judiciaire qui devait lui rendre son importance.

Le 25 juillet 1830, le roi Charles X promulguait l'ordonnance qui soumettait les journaux à l'autorisation administrative préalable et devait par là rendre un funeste service au régime dont il provoqua la chute. Appelé à se prononcer sur la validité de ce règlement royal, le Tribunal de commerce de la Seine déclarait l'ordonnance illégale, « ...considérant que cette ordonnance, contraire à la Charte, ne saurait être obligatoire, ni pour la personne sacrée et inviolable du roi, ni pour les citoyens aux droits desquels elle porte atteinte, considérant au surplus qu'aux termes mêmes de la Charte, les ordonnances ne peuvent être faites que pour l'exécution et la conservation des lois et que l'ordonnance précitée aurait au contraire pour effet la violation de la loi du 29 juillet 1828... » (49).

(49) T. com., Seine, 31 juillet 1830, S. 1830.2.223.

Ce jugement du 31 juillet 1830 aurait pu apparaître comme le résultat de la pression de l'émeute si dans des conditions historiques inverses, la Cour de cassation n'était pas intervenue pour rappeler les mêmes principes. Le 13 décembre 1851, c'est-à-dire quelques jours après le coup d'état du prince-président, la Chambre criminelle n'hésitait pas à apporter au pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat, depuis longtemps cependant reconnu par elle, une restriction d'importance, celle-là même déjà précisée par le tribunal de commerce de la Seine. La Cour jugeait qu'en matière de presse, pour qu'une sanction pénale puisse être attachée à une disposition réglementaire, il était nécessaire qu'une loi ait préalablement attribué par voie de délégation au pouvoir exécutif le droit de faire un tel règlement. En d'autres termes, la Cour suprême confirmait bien qu'aucune limitation ou réglementation de la liberté de la presse n'était obligatoire si la loi ne la prononçait ou ne l'autorisait (50).

Ainsi, tandis que s'établissait le régime autoritaire du second Empire, trente années avant la loi du 29 juillet 1881; les tribunaux judiciaires se trouvaient-ils définitivement armés pour assurer la sauvegarde de la liberté de la presse, dans la limite au moins de leurs pouvoirs juridictionnels.

Il n'est dès lors pas surprenant que les juges de l'ordre judiciaire se soient toujours montrés assez exigeants sur la régularité des actes administratifs intervenus soit pour interdire localement la diffusion de certaines brochures, en l'absence de circonstances exceptionnelles (51), soit pour interdire une publication pornographique étrangère en commettant l'erreur de recourir aux pouvoirs relevant de la défense nationale (52), soit enfin pour ajouter à la rigueur de la loi dans le décret organisant les poursuites contre les auteurs de délits commis par voie du livre (53).

B. — LE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ ET LA LIBERTÉ DE L’AFFICHAGE.

Traditionnel corollaire de la liberté de la presse, la liberté de l'affichage a souvent été consacrée par les tribunaux judiciaires qui ont eu à la préserver des agissements insidieux du pouvoir

(50) Crim., 13 décembre 1851, Kastner, S. 1852.I.371.

(51) Crim., 6 décembre 1956, Demoiselles Aymé, Bresse et autres, B. 821.1459.

(52) C.A., Paris, 5 février 1958, Lion, Rec. Dr. Pén., 1958.130. C.A., Paris, 5 février 1958, Baudet, J.C.P., 1959.II.11163. Mais la Cour de cassation a cru pouvoir rectifier elle-même l'erreur du ministre de l'Intérieur : Crim., 18 février 1959, Van Vauren, B. 114.227.

(53) Crim., 27 octobre 1955, Entzmann, B. 435.769. Crim., 24 janvier 1957, Pic et Baeker, B. 84.141.

administratif conscient de l'efficacité et de la rapidité de ce moyen de publicité. Le principe maintenu et rappelé est celui de « la liberté de l'affichage des écrits politiques ou autres » (54). De même que la tentative de faire tomber l'affichage de certains tracts sous le coup de la loi pénale (art. R. 38 § 3 du Code pénal) a été déjouée par la Chambre criminelle qui a rappelé à cette occasion qu'il convenait de bien distinguer les inscriptions et dessins directement tracés sur les murs de l'apposition d'affiches (55), de même ont été condamnées les lacérations d'affiches illégalement ordonnées par l'autorité administrative (56). Les deux seules exceptions admises par les tribunaux sont celles prévues par la loi : d'une part, dans le domaine réglementé de la propagande électorale qui prévoit des limitations d'affichage, d'autre part dans la matière de la protection des sites qui impose des servitudes esthétiques.

C. — LE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ ET LA LIBERTÉ DES SPECTACLES.

Une distinction doit être faite quant au régime particulier du spectacle considéré. Certains spectacles, le théâtre d'abord, le cirque également, sont en principe libres. D'autres au contraire, comme le cinématographe, soumis à un visa administratif préalable, ou comme le café-concert, assujetti à une double réglementation, celle des débits de boisson s'ajoutant à la police des spectacles (57) ne peuvent se prévaloir d'un véritable régime de liberté.

Dans le premier cas, liberté d'expression et liberté du commerce et de l'industrie s'unissent pour imposer le respect de la liberté du spectacle. Si le maire dispose bien d'un pouvoir de police du spectacle, il ne peut en user que pour la protection de l'ordre public et non dans l'intérêt financier de la commune (58).

Dans le second cas, les considérations de décence et de respect des bonnes mœurs pèsent plus facilement pour motiver des interdictions. Dès 1922, la Cour de cassation admettait qu'un préfet puisse, nonobstant le visa accordé en vertu du décret du 25 juillet 1919, interdire « la reproduction publique par cinématographe,

(54) Crim., 17 novembre 1911, D.P., 1912.I.310, S. 1912.I.486. Civ., 9 mars 1914, D.P., 1919.I.32. Crim., 17 janvier 1956, Deleuil, B. 54.99, D. 1956.J.216.

(55) Crim., 6 décembre 1962, Puygrenier, D. 1963.J.43.

(56) T. civ., Seine, 7 mai 1953, Office publicitaire de France, G.P., 1953.2.254, qui a donné lieu à un arrêt de conflits du 19 mai 1954, rapporté au J.C.P., 1954.II.8382 avec la note de M. Rivero.

(57) Crim., 13 juillet 1893, Sergeant, D. 1895.1.542.

(58) T.S.P., Argenteuil, 14 septembre 1931, G.P., T.Q., 1930-1935, V° Théâtres, nos 42 et suiv.

vues, exhibitions, affiches, etc... de toutes scènes d'assassinats, meurtres, vols, sabotage et de tous autres agissements et attentats criminels » (59). La situation de fait à laquelle le préfet du Var tentait de mettre fin il y a quarante ans n'a fait hélas que s'aggraver et les autorités locales, maire ou préfet, ne manquent pas de sujets d'alarme à l'occasion des projections cinématographiques. La légalité des mesures prises est toutefois discutée le plus souvent devant la juridiction administrative, mais il faut bien supposer que la jurisprudence judiciaire, s'inspirant de ses solutions en matières d'outrages aux bonnes mœurs, s'alignerait sur la jurisprudence administrative (60).

§ 2. — La protection des libertés individuelles.

Il est certes inexact de prétendre, comme l'ont fait certains auteurs (61) que le principe qui confère à l'autorité judiciaire la protection des droits attachés à la personne constitue la raison d'être de cet ordre juridictionnel. La nécessité d'établir des tribunaux judiciaires se confond avec la nécessité d'avoir des juges, et ne se réduit pas à la défense des droits de la personne. Mais il est sûr par contre que la compétence naturelle des tribunaux judiciaires pour tous les litiges mettant en cause les particuliers pris en tant que tels, et surtout l'exercice quotidien de la fonction répressive qui correspond à l'emprise la plus grave du pouvoir étatique sur l'individu, donnent aux juges de l'ordre judiciaire une aptitude spéciale pour reconnaître, caractériser et sanctionner les atteintes aux libertés individuelles. La matière est ici très vaste et pratiquement indéfinie. Il ne s'agit plus des libertés publiques, *stricto sensu*, c'est-à-dire des facultés d'agir ou de ne pas agir, relevant d'un statut légal. Il s'agit de l'ensemble des droits indispensables à la vie de tous les jours, mais dont l'existence n'est souvent perceptible que lorsqu'ils sont contrariés. Dans ce que l'on est convenu d'appeler aujourd'hui la liberté individuelle, l'analyse distingue un grand nombre de pouvoirs particuliers qui se différencient surtout par leur importance respective et la gravité des atteintes dont ils sont susceptibles.

(59) Crim., 28 octobre 1922, Binet, Rancher, Hubac, B. 334.553, D.P., 1924.I. 151 ; S. 1926.I.44.

(60) La jurisprudence sur ces problèmes a été étudiée particulièrement par : P. WEIL, note s/ T.A., Nice, Soc. Union Gén. Cinéma, 11 juillet 1955, D. 1956.J.13 et P. MIMIN, Chr. XIX au D. 1956, p. 97 et note s/ T.A., Dijon, Soc. Columbia Films, 18-1-61 au S. 1961.J.325, et A. Demichel, s/ C.E., 6 novembre 1963, D. 1964.J.533.

(61) H. GAL, *La juridiction compétente pour connaître des atteintes aux droits fondamentaux de la personne*, J.C.P., 1951.I.927.

Nous avons déjà fait mention d'une forme juridique spéciale d'atteinte à la liberté de l'individu par définition administrative d'infractions et de pénalités en violation du principe de la légalité des peines. Cet excès de pouvoir, nous l'avons dit, est assez rare. Mais l'Administration dispose d'un large éventail de possibilités dans ce domaine. A la diversité des atteintes, les tribunaux ont opposé une conception uniformément intransigeante de la liberté individuelle.

Dans le cadre de ce que l'on appelle la liberté d'aller et venir, il n'est pas d'interdiction, quel que soit son objet, qui ne soit difficilement supportable. Qu'il s'agisse de la liberté d'aller quêter à domicile (62), de la liberté de faire de l'auto-stop (63), de la liberté si ancienne de la promenade, même si les intentions de la promeneuse ne sont pas exemptes de toute préoccupation d'un commerce de charmes (64), le même principe de la liberté est défendu par les juges de l'ordre judiciaire contre l'administration certes, mais aussi contre les particuliers qui mettraient la tranquillité au-dessus de la liberté. Car il est vrai que la défense des libertés pose toujours un problème de compétition de droits, et c'est aux tribunaux qu'il appartient en définitive de délimiter la délicate frontière de la liberté et de la licence. Pour ne reprendre que l'exemple de la péripatéticienne — significatif par la notion large de liberté individuelle qu'il implique — s'il est bien vrai que « l'usage qu'elle (la péripatéticienne) fait du trottoir en allant et venant est en soi licite et est le même que celui qu'en fait tout autre usager » (65), la titulaire de ce droit ne saurait toutefois honnêtement se prévaloir des origines du nom qu'on lui donne pour assiéger en permanence un établissement scolaire. Il y a dans ce cas abus et licence et les tribunaux reconnaissent la validité d'une réglementation précise définissant une zone de protection autour d'un immeuble relevant de l'Education nationale (66). Il serait toutefois bien difficile de prêter aux juges des intentions liberticides parce qu'ils autorisent, à certaines heures, dans une ville comme Lyon, l'existence de petits îlots de moralité !

La liberté individuelle c'est aussi la liberté de choisir son domicile et de s'y comporter à son gré. Les tribunaux judiciaires l'entendent bien ainsi, qui ont annulé en 1917 l'arrêté du maire de Bordeaux en ce qu'il interdisait toute location ou sous-location « à aucune fille ou femme de mauvaise vie, ni de les recueillir à quel-

(62) *Crim.*, 14 juin 1884, Vigoureux, B. 191.328, S. 1884.I.400.

(63) *T.S.P.*, Saint-Julien, 19 juin 1957, *G.P.*, 1957.2.248.

(64) *Crim.*, 1^{er} février 1956, Dlle Flavien et Cotte Renée, B. 118.209, *J.C.P.*, 1956.II.9352, D. et S., 1956.J.365.

(65) Rapport de M. Ledoux, s/ *Crim.*, 1^{er} février 1956.

(66) *Crim.*, 9 mai 1961, Ruffino, B. 242.467, *G.P.*, 61.2.26.

que titre que ce soit » (67) et qui, en 1887 ont annulé l'arrêté du maire de Malancène, en ce qu'il fixait des horaires précis d'utilisation d'instruments de musique à l'intérieur des habitations particulières (68). En l'absence de dispositions législatives ou de conventions particulières, les difficultés auxquelles peuvent donner lieu la disposition d'un domicile ne peuvent relever que du contrôle judiciaire et non de l'intervention administrative (69).

Mais la liberté individuelle c'est enfin et surtout le droit de n'être pas maintenu en état d'arrestation ou dans un état semblable hors les cas strictement définis par la loi. Le contrôle judiciaire est ici d'autant plus rigoureux qu'il se confond en principe avec l'application de la loi pénale à ceux, qui, se rendant coupables d'arrestation et de sequestration arbitraires. Sans doute jusqu'à la promulgation du nouveau Code de procédure pénale, le contentieux des violations de la liberté individuelle commises par l'Administration relevait-il d'un régime mixte assez complexe (70), dans lequel la vérification de la légalité des actes était séparée de l'appréciation des responsabilités pénales encourues par les agents de l'Administration. Toutefois par le biais de la fixation des conséquences pécuniaires des atteintes à la liberté individuelle, les juges disposaient du droit d'examiner la valeur des actes administratifs contestés. Ainsi une cour d'appel a pu juger illégal un internement politique administratif pour le seul fait que la personne qui en avait été l'objet avait été non pas placée en résidence forcée, mais soumise au régime pénitentiaire de la détention (71).

SECTION III

LA PROTECTION DES LIBERTES ECONOMIQUES

Les tribunaux judiciaires n'ont pas une, mais plusieurs raisons de rester fidèles à une certaine conception libérale de l'organisation économique : leur formation juridique qui leur a fait révéler la notion de propriété privée, leur pratique professionnelle qui leur a fait préférer les solutions libérales et avant tout peut-être les origines sociales de la plupart d'entre eux, plus ou moins directement

(67) Crim., 15 février 1917, Roussillon, B. 43.67.

(68) Crim., 11 juin 1887, Faure, B. 218.345.

(69) Crim., 16 février 1900, Fuster, D.P., 1900.I.184.

(70) Exposé dans la thèse de J. ROBERT, *op. cit.*

(71) Cass. Req., 23 juillet 1947, Morane et Martin-Sane, G.P., 1947.2.267, et dans le même sens : C.A., Lyon, 28 janvier 1904, Dlle Favre, D. 1904.2.321.

alliés aux milieux du commerce et du capitalisme moyen. Il serait toutefois parfaitement arbitraire de retenir de ces raisons l'une plus que l'autre, alors qu'il est parfaitement justifié de relever combien cette protection des libertés économiques a conservé, même dans la deuxième moitié du vingtième siècle, une surprenante vigueur.

Celle-ci se marque d'abord dans la défense du droit de propriété, puis du droit de chasse, enfin et de la manière la moins équivoque, dans la défense de la liberté du commerce et de l'industrie.

§ 1. — La défense du droit de propriété par le contrôle de légalité.

Avant même d'affirmer par l'arrêt célèbre du 3 août 1810 le principe général de sa compétence pour apprécier la légalité des règlements municipaux, le Tribunal de cassation avait, au moins une fois, laissé percer la critique de l'arrêté d'un maire. Celui-ci, en ordonnant que le chaume devrait être sur les champs abandonné aux pauvres et en interdisant la vente, violait, au regard des juges du tribunal suprême la loi du 6 octobre 1791 consacrant le droit de tout propriétaire de disposer, comme bon lui semble, mais sans nuire à autrui, de la totalité des productions de sa propriété. En l'espèce (72) l'autorité préfectorale avait refusé d'approuver l'arrêté municipal. Le Tribunal de cassation se borna par conséquent à constater l'absence d'un arrêté applicable et annula le jugement de condamnation du tribunal de police. L'arrêt de 1801 devait être suivi d'un grand nombre de décisions témoignant toutes de la même fermeté de principe. Certes, en plus d'un siècle et demi, la notion de propriété privée a considérablement évoluée, mais il est intéressant de suivre la résistance continue de la jurisprudence aux procédés toujours renouvelés de l'administration en la matière.

A. — A l'époque où la propriété immobilière était en ville moins convoitée qu'elle ne l'est devenue, c'est surtout avec les propriétaires ruraux que les autorités administratives entraient le plus souvent en conflit. Que le préfet ou le maire se mêle de régler les cultures ou l'élevage, voilà qui apparaissait proprement insupportable aux agriculteurs. Les magistrats qui, dans leur grande majorité, avaient à cette époque de solides attaches avec le monde des campagnes, comprenaient cette opposition et y prenaient le concours du droit.

(72) Trib. cass., 29 Therm. an IX, B. p. 537. Bouchet et Berthelin, D. Rép., V° commune n° 684 et Artur, *op. cit.*, p. 487.

Quand un maire défend à toute personne, même aux cultivateurs dans leurs propriétés d'aller faire de l'herbe dans les blés au motif que les grains pourraient en souffrir la Cour de cassation juge cette prohibition inconciliable avec le principe que « la culture des terres et la disposition des récoltes sont abandonnées au libre arbitre des propriétaires, pour y procéder quand et comme il leur convient, toutes les fois qu'une restriction légale n'y a point été apportée » (73). Quand un préfet enjoint à tout propriétaire, usufruitier, fermier ou locataire de détruire les chardons qui croissent sur les terres en culture et sur toutes les dépendances de leur propriété, la même Cour répond que « la propriété territoriale est libre en France et ne peut être assujettie envers les particuliers qu'aux charges dont la convention n'est pas défendue par la loi » et « envers l'Etat qu'aux contributions régulièrement votées et aux sacrifices que peut exiger le bien général ». Et la Cour suprême répète : « la culture des terres et la disposition des récoltes sont abandonnées au libre arbitre des propriétaires » (74). Enfin quand un maire croit pouvoir soumettre au régime de l'autorisation préalable l'élevage des pigeons, paons et autres animaux de basse-cour, qui peuvent être une cause d'insalubrité et d'incommodité, la Chambre criminelle tient « que cette mesure, manifestement excessive, ne peut être considérée comme une prescription de police ayant pour objet de faire disparaître les inconvénients pouvant résulter de l'élevage des oiseaux de basse-cour; qu'en réalité l'arrêté supprime en principe et sans distinction tous ces animaux, même lorsqu'ils ne sont pas une cause d'insalubrité ou de trouble pour la tranquillité générale, et que, dans ces conditions, ce règlement porte atteinte aux droits des propriétés des citoyens... » (75). De manière générale, les tribunaux judiciaires n'admettent pas que sous le prétexte de tendre à un but légal, celui de la salubrité publique, les autorités administratives puissent choisir un procédé directement attentatoire au droit de propriété sans justifier qu'il soit le plus efficace et le moins onéreux (76).

B. — Avec le développement économique qui prend corps vers le milieu du XIX^e siècle, des formes nouvelles d'intervention administrative apparaissent. Bien que le législateur, sollicité, édicte de nouvelles procédures (lois des 3 mai 1841 et 13 avril 1850 sur

(73) *Crim.*, 3 décembre 1859, Chaudé, B. 268.435.

(74) *Crim.*, 27 janvier 1866, Alliot, B. 27.47.

(75) *Crim.*, 14 mai 1887. Lebreton frères et Desnellier, B. 192.291, S. 1887. I.400.

(76) *Crim.*, 25 juillet 1885, Lecocq de Bieville, D.P., 1886.1.275, S. 1888.1.88. *Crim.*, 11 avril 1930, Cambuzat, B. 121.242, S. 1931.I.277.

l'expropriation, loi du 2 août 1877 sur les réquisitions militaires, loi du 29 décembre 1892 sur l'occupation temporaire) et qu'ainsi l'administration soit normalement en mesure de réaliser des tâches nouvelles par des moyens légaux, c'est pour elle une continuelle tentation que de se délivrer de formalités lentes en recourant à des décisions qui ont le mérite de la simplicité et de la rapidité sinon de la régularité.

C'est ainsi qu'un maire n'hésite pas à enjoindre au propriétaire d'un établissement thermal privé, en deux articles d'un bref arrêté, d'exécuter en quinze jours un fossé muraillé, pavé et cimenté, pour assurer, jusqu'à l'étang proche, à travers d'ailleurs d'autres propriétés privées, l'écoulement des eaux de sources thermales. Au propriétaire qui ne s'est pas exécuté, la Chambre criminelle donne raison car « en prenant ainsi des dispositions en dehors d'une simple réglementation de police et impliquant la solution préexistante de questions de propriété et de servitude de nature à être débattues entre la commune et les propriétaires riverains, le maire a manifestement excédé ses pouvoirs » (77). Mais cette jurisprudence ne semble pas avoir eu une diffusion suffisante puisque vingt ans plus tard, saisis d'une difficulté tout à fait semblable les magistrats de la Cour suprême doivent rappeler qu'un arrêté du maire, intervenant en matière d'écoulement des eaux sur des terrains privés « n'est point un règlement de police et... qu'il ne peut avoir que l'effet d'une mise en demeure; qu'il est en effet de principe que les arrêtés de police ne peuvent trancher des questions de propriété et de servitude » (78).

Les maires peuvent à la rigueur invoquer l'erreur de droit, les préfets bien plus difficilement. Tel ce préfet du Nord qui autorise par arrêté les agents des Postes et des Télégraphes à pénétrer dans les propriétés closes pour y installer des poteaux et supports de fils. La Cour de cassation ne peut que constater qu'en édictant une telle réglementation, le préfet n'a cherché qu'à s'exonérer des formalités relatives à l'expropriation (79).

C. — Enfin depuis que se précise la tendance à socialiser le droit de propriété, tendance aggravée dans les périodes de crise politique ou économique, les atteintes illégales à ce droit se sont multipliées et diversifiées. Elles ont provoqué le développement très remarqué, quoique assez anarchique, de ce que l'on est convenu d'appeler la théorie de la voie de fait, qui constitue certaine-

(77) Crim., 2 août 1866, Fayard, B. 200.330.

(78) Crim., 22 février 1889, Vve Freneau, D.P., 1890.I.191.

(79) Crim., 17 avril 1885, Lucie Desnoulet, B. 112.182.

ment l'un des phénomènes juridiques les plus importants du dernier quart de siècle. Mais dans ce nouveau cadre protecteur, la défense du droit de propriété a changé de nature. Du terrain du contrôle de légalité, elle est passée sur celui de l'indemnisation. On peut sans doute admettre que pour le justiciable, en faisant abstraction des longueurs de procédure imputables à la difficulté rare de trouver le juge compétent, le système de la réparation pécuniaire soit d'une efficacité plus immédiate que celui du simple rétablissement de la légalité. Cependant il est à craindre que le régime de la voie de fait, dont le champ d'application paraît se rétrécir (80), puisse n'offrir bientôt aux justiciables qu'une garantie plus illusoire que réelle distincte d'ailleurs d'un véritable contrôle de légalité.

C'est en tout cas un fait aujourd'hui, qu'en vertu de la jurisprudence du Tribunal des Conflits, suivie par celle de la Cour de cassation (81), les juridictions civiles restent incompétentes pour se prononcer, en matière d'atteinte au droit de propriété, sur l'interprétation et la légalité des actes administratifs en cause. Les tribunaux judiciaires continuent d'être placés devant ce dilemme : ou il n'y a pas voie de fait et par conséquent ils n'ont aucune possibilité, en matière civile, d'être compétent, sous la seule réserve de l'application éventuelle de la jurisprudence de l'arrêt Barinstein, ou il y a voie de fait et par conséquent c'est beaucoup moins la légalité administrative qui est appréciée par eux que la gravité d'un acte matériel et de ses suites dommageables. Un tel système, critiqué par une partie de la doctrine, fausse incontestablement le rôle des juges de l'ordre judiciaire qui ne saurait se limiter à celui de distributeurs de dommages-intérêts. C'est en effet parce qu'ils sont les juges des questions de propriété que les magistrats civils se voient reconnaître une compétence particulière dans le cadre de la voie de fait. Cette compétence n'aurait pas de sens si la spécialisation qui la justifie ne devait pas pouvoir être utilisée. Ainsi les règles de compétence actuellement applicables dénaturent le contrôle judiciaire qui n'a plus à se prononcer sur le contenu de la légalité, mais seulement sur les limites supportables de l'illégalité.

§ 2. — Légalité administrative et droit de chasse.

Dans un rapport sur un pourvoi en matière de chasse, le Président Patin relevait, il y a quelques années, l'argumentation un peu

(80) C'est l'opinion de M. LECLERC, R.D.P., 1963, p. 657.

(81) T. confl. Dusuzeau, 17 juillet 1952, Rec. p. 636. Civ., 1^{re} Ch., 7 juillet 1954, Millerault, J.C.P., 1954.IV.121, et sur cette question, DEBARY, *op. cit.*

trop appuyée d'un procureur général « décidément très soucieux des droits des chasseurs » (82). On trouverait certes bien d'autres exemples de la vigilance étonnante apportée par des magistrats dans la défense des droits des chasseurs. Mais il suffit ici de s'en tenir aux espèces elles-mêmes pour se rendre compte de l'exceptionnelle connaissance des textes dont ils font preuve et de l'interprétation particulièrement restrictive qu'ils en donnent quant aux pouvoirs de l'Administration.

Sans doute n'a d'intérêt qu'anecdotique l'arrêt par lequel la Cour de cassation dénie toute valeur à l'arrêté préfectoral qui, pris sous l'occupation ennemie, n'autorisait la chasse que sous réserve qu'elle n'ait point lieu à tir, l'usage des armes à feu étant alors prohibé (83). L'exercice du droit de chasse a soulevé des problèmes moins simples, mais toujours les solutions données ont témoigné d'une même fermeté des positions de principe, comme si les magistrats entendaient que le droit de chasse soit reconnu comme l'un des attributs les plus incontestés de l'homme libre. La jurisprudence est particulièrement nette sur deux plans. D'abord celui de la détermination des lieux de chasse, ensuite celui de la détermination du gibier, la question du temps de la chasse d'eau se trouvant accessoirement soulevée et rattachée à l'une ou l'autre de ces deux questions.

A. — LA PROTECTION TERRITORIALE DU DROIT DE CHASSE.

Que le droit de chasser résulte de dispositions générales ou de conventions particulières, les tribunaux judiciaires veillent à assurer une jouissance pleine et paisible à tous ceux qui en sont titulaires. A l'origine accessoire du droit du propriétaire, le droit de chasse bénéficie d'une protection semblable à celle qui est accordée aux droits réels, sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant que le titulaire actuel du droit est le propriétaire du terrain ou son ayant-droit. Le locataire ou l'adjudicataire de la chasse ne peuvent pas plus être évincés de leur territoire de chasse par l'administration que le propriétaire lui-même (84).

Mais ce qu'il est particulièrement intéressant de noter, c'est la réaction judiciaire lorsque le droit de chasse se trouve contrarié par un acte administratif pris pour la défense d'un autre attribut du droit de propriété. Le cas est fréquent avec le conflit du droit de chasse et du respect dû aux récoltes, généralement les vignes

(82) D. 1952.J.397.

(83) Crim., 16 mars 1872, David, D.P., 1872.I.148.

(84) Crim., 23 mars 1907, Paroty c/ Bouveret, S. 1911.I.483, D.P., 1908.I.352.

non vendangées. Depuis très longtemps, depuis l'année qui a suivi la loi fondamentale de la chasse du 3 mai 1844, la Cour de cassation a estimé que l'autorité préfectorale n'avait pas à intervenir en ce domaine où s'opposent uniquement des droits privés. Plus précisément la Chambre criminelle a décidé que le chasseur en action dans une vigne non vendangée ne pouvait être poursuivi que pour défaut du consentement du propriétaire du fond et non pour infraction à la disposition de l'arrêté du préfet déclarant la chasse ouverte seulement sur les terrains dépouillés de leur récolte, un tel arrêté étant dépourvu de valeur légale (85).

D'une manière plus générale la jurisprudence a été conduite à décider que l'autorité administrative n'avait pas le droit d'interdire, dans une même région, la chasse sur certains terrains alors qu'elle était ouverte sur d'autres. La Chambre criminelle s'exprime très fermement dans un arrêt de 1955 : « ...les particuliers tiennent de la loi du 3 mai 1844 et des lois qui l'ont complétée, une fois le permis de chasse obtenu, le droit dans le temps où la chasse est ouverte, de chasser de jour, sur leurs propres domaines, ou sur les domaines d'autrui, avec le consentement de ceux à qui le droit de chasse appartient et ce droit n'est limité que par les arrêtés que l'Administration est autorisée à prendre dans un objet déterminé, aux termes de l'article 8 de la loi... » (84).

Cette défense de principe de l'unité et de l'intégrité du territoire de chasse, éminemment favorable aux chasseurs constituait assurément un obstacle très sérieux aux tentatives de réglementation de l'autorité compétente, obligée, en matière de chasse, plus qu'en d'autres matières, de recourir aux poursuites pénales pour obtenir la sanction de ses décisions. L'intervention du législateur a donc paru nécessaire : la loi du 29 décembre 1954, qui ajoute un § 5, 1° à l'article 373 du Code rural, est venue ainsi au secours du ministre de l'Agriculture. Mais ce n'est pas sans résistance que les nouveaux pouvoirs de l'autorité administrative ont été accueillis par les tribunaux. Le 18 juin 1959, la cour d'appel de Montpellier jugeait encore qu'on ne saurait trouver dans le texte de l'article 373 du Code rural, le droit pour le ministre de l'Agriculture de spécifier la nature des terrains sur lesquels la chasse peut être interdite, en vue de favoriser le repeuplement des oiseaux et de toutes espèces

(85) Crim., 18 juillet 1845, Berthault, D.P., 1846.I.19. On peut cependant noter un regain des prérogatives reconnues au maire intervenant au nom de la « sûreté des campagnes » dans le cadre de la loi municipale, sans les sanctions de l'article R. 26-15° du Code pénal, Crim., 15 juillet 1964, Valleix, D.S., 1965. J.60.

(86) Crim., 6 octobre 1955, Lejeune, B. 380.681.

de gibier; qu'il ne s'agit là ni d'un mode, ni d'un procédé de chasse,... que l'arrêté ministériel susvisé a pour effet alors que la loi ne le prévoit pas, d'interdire même aux propriétaires du sol le droit de chasser sur leurs terres dès lors qu'elles sont recouvertes de vignes alors que cette mesure n'atteint pas les autres propriétaires de terrains, ...que les dispositions de l'article 373 du Code rural ne peuvent permettre au ministre de l'Agriculture d'apporter, par des arrêtés, une restriction au droit de propriété, restriction que pourrait seule légitimer une disposition formelle de la loi... » (87). Comme cette motivation le laissait pressentir, puisqu'elle se fondait plus sur le droit de propriété lui-même que sur le droit de chasse, cette interprétation restrictive du nouvel article 373 du Code rural ne pouvait être longtemps maintenue. L'année suivante, la même Cour de Montpellier devait admettre que la chasse puisse être retardée dans les vignes jusqu'à la fin des vendanges (88). Toutes les juridictions n'ont pas cédé aussi vite aux nouveaux textes et la Cour de Paris reprenait encore en 1961 l'affirmation suivant laquelle l'article 373 du Code rural n'autorisait pas le ministre « à interdire la chasse sur certains terrains alors qu'elle est ouverte sur d'autres », interprétation partagée par le Tribunal de police d'Avesnes (89).

Il ne s'agit évidemment plus que de réactions sentimentales : juridiquement, elles ne sont pas fondées. Comme le fait observer M. Bouché dans sa note sous le jugement d'Avesnes, en portant une appréciation sur le mode de prévention de la destruction des oiseaux tel qu'il est retenu par l'Administration, les tribunaux judiciaires s'érigeraient en juges de l'opportunité et de l'efficacité des mesures prises. L'excès de pouvoir, ce n'est plus l'administration qui le commettrait, mais les juges.

B. — LA PROTECTION JUDICIAIRE CONTRE LES LIMITATIONS ADMINISTRATIVES DES ESPÈCES SUSCEPTIBLES DE CHASSE.

La liberté de recherche du gibier serait évidemment illusoire si n'était également garanti le droit d'en abattre. Les tribunaux considèrent qu'à ce point de vue, ils ont un droit de contrôle sur ce qui est décidé par l'Administration quant à la limitation des espèces susceptibles d'être chassées.

(87) C.A., Montpellier, Grès, D. 1960.J.290, note Bouché.

(88) C.A., Montpellier, 31 mai 1960, De Crozals, G.P., 1960.2.144.

(89) C.A., Paris, 13 octobre 1961, Vesselle, D. 1962.J.109. T. Pol. Avesnes, 11 janvier 1962, Brassart, D. 1962.J.299 avec la note de M. Bouché.

Est ainsi jugé excessif de par la généralité de la prohibition qu'il édicte, l'arrêté du ministre de l'Agriculture qui interdit pour toute l'année et partout la chasse à l'ours, au jeune chamois, à l'izard de l'année, au bouquetin et au mouflon de Corse (90). Il doit être noté qu'en ce qui concerne les oiseaux de passage, le ministre dispose en vertu de l'article 9 de la loi du 3 mai 1844 de pouvoirs plus étendus et qu'il peut porter à l'égard de certaines catégories de ces oiseaux des interdictions générales de chasse. La Cour de cassation ne le méconnaît pas (91). Mais ces pouvoirs ont des limites. Ledit article 9 autorise le ministre en ce qui concerne les oiseaux de passage à fixer l'époque de la chasse, la nomenclature des oiseaux et les modes et procédés de chasse, mais pas les terrains. C'est ce que rappelle la Chambre criminelle (92) en revenant sur une jurisprudence antérieure plus favorable à l'Administration (93) et en s'opposant ainsi à la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a toujours été, en matière de chasse, moins exigeante que celle des tribunaux judiciaires (94).

§ 3. — La défense de la liberté du commerce et de l'industrie.

En considérant aujourd'hui l'importance sans cesse croissante de la réglementation professionnelle, on peut se demander s'il existe encore une liberté du commerce et de l'industrie. Il y a quelques années, un membre du Conseil d'Etat a pu s'étonner que la Haute Assemblée oppose encore aux autorités de police « le principe de la liberté du commerce et de l'industrie sur lequel on ne saurait cependant prétendre que notre système économique repose encore » (95). M. Morange pouvait noter de son côté que « tout paraît se passer depuis quinze ans, comme si le juge administratif opposait son éthique personnelle, restée fidèle aux conceptions traditionnelles, à une éthique nouvelle que le législateur traduirait toujours davantage dans les textes » (96).

A la mainmise progressive de l'Etat sur l'organisation économique, la résistance des tribunaux judiciaires ne pouvait être moins

(90) Crim., 13 mars 1952, Detienne et Pascal, D. 1952.J.397, 1^{re} esp.

(91) Crim., 13 mars 1952, Perret, D. 1952.J.397, 2^e esp., rapport Patin.

(92) Crim., 30 octobre 1956, Person, B. 595.1068, J.C.P., 1957.II.9717, note Brunet.

(93) Crim., 13 mars 1952, S. 1952.I.175.

(94) C.E. (sect. cont.), Fed. Dép. Chasseurs du Finistère, 25 mars 1955, G.P., 1955.I.382.

(95) JACOMET, concl. sur C.E., 14 mai 1954, Rev. Pr. Dr. Adm., 1954.125.

(96) D. 1956, Chr. XXII.

déterminée que celle des tribunaux administratifs (97). Un texte vénérable et célèbre confirme, depuis la Révolution, les juges de l'ordre judiciaire dans leur fermeté. C'est la loi des 2-17 mars 1791, « portant suspension de tous droits d'aides, de toutes les maîtrises, jurandes et établissements des droits de patente » qui pose en effet par son article 7 le principe suivant lequel : « A compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon, mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits. »

De cet article la jurisprudence a su tirer un parti habile et hardi. Elle a considéré et continue de considérer que la réunion dans le même texte, dans la même phrase, de l'affirmation d'une liberté publique et du rappel des pouvoirs de police, implique une limitation spéciale de ces derniers. La Chambre criminelle exprime excellemment cette idée centrale dans une formule reprise en de nombreux arrêts : « Attendu que cet article, malgré sa disposition finale, qui soumet les professions industrielles et commerciales à l'observation des règlements de police, restreint virtuellement et nécessairement le pouvoir réglementaire dont l'autorité municipale est investie par l'article 97 de la loi du 5 avril 1884; qu'il ne l'autorise donc à prendre en vertu dudit article que les mesures qui sont conciliables avec la liberté accordée au commerce et à l'industrie. » Telle est la position de principe qui préside à l'examen judiciaire des actes administratifs relatifs à l'exercice du commerce et plus généralement des activités professionnelles privées. Il reste maintenant à préciser quelles solutions ont été retenues par la jurisprudence sur les deux plans essentiels de la protection judiciaire : la défense de la liberté de la concurrence et la défense de la liberté à l'égard des réglementations de la vie professionnelle.

A. — LA DÉFENSE DE LA LIBERTÉ DE LA CONCURRENCE.

Il n'y a pas de commerce véritable sans la concurrence, du moins n'y en a-t-il pas dans l'acception classique et libérale du mot. La vie du commerce, son aiguillon, c'est la concurrence, sa mort, le monopole.

Sous cette forme extrême, l'atteinte à la liberté du commerce est spécialement grave, mais elle n'en est que plus facile à dénon-

(97) C.E. (Ass. Plén.) Chambre Synd. nat. des entrepr. industr. de la Boulangerie, G.P., 1960.I.132.

cer. Ainsi lorsqu'en 1838, le maire de Bordeaux confère à deux entreprises le droit exclusif d'opérer la vidange des fosses d'aisance de la ville et défend à tous autres d'exercer cette profession, la Cour de cassation n'a pas de peine à reconnaître que de telles dispositions « ...établissent un véritable monopole de l'industrie de vidangeur au profit de la Caisse municipale dans les mains de ses adjudicataires... » (98). Cette même tendance à la concentration arbitraire de certaines activités avait conduit, quelques années auparavant, le maire de Troyes à obliger ses administrés à recourir aux agents municipaux pour la remise de tous billets, invitations et annonces de toutes sortes, ce qui fut jugé étranger aux objets confiés à la vigilance de l'autorité municipale (99). Il ne pouvait y avoir davantage de doute sur l'illégalité de la prétention du maire de Vitré de conférer à certaines personnes le droit exclusif de procéder à l'encavement des fûts, au prétexte que cette opération pouvait intéresser la commodité du passage dans les rues (100).

De tels exemples pourraient donner à penser que la question des monopoles irréguliers ne présente qu'un caractère pittoresque et purement rétrospectif. Mais il faut croire que les maires s'égarent encore en la matière sur l'objet réel et l'étendue de leurs pouvoirs. La Chambre criminelle a eu en effet récemment à constater qu'un maire, en fixant un nombre maximum de chauffeurs de taxi domiciliés à Aurillac, avait créé une situation privilégiée contraire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie (101). Or, sur un tel point, le Conseil d'Etat admet plus aisément que l'intérêt de la commodité et de la sécurité sur les voies publiques puisse autoriser en certains cas la limitation du nombre des voitures de place et la subordination de l'exploitation de ces véhicules à la délivrance d'une autorisation administrative (102).

Lorsque exceptionnellement la suppression de la concurrence est fixée par la loi, cette disposition doit toujours être strictement interprétée. Elle ne peut s'appliquer qu'aux seuls cas prévus par la loi spéciale. Le ministère des peseurs-jurés à Marseille n'est obligatoire, aux termes de l'article 4 de l'arrêté des Consuls du 7 brumaire an IX, que dans les marchés, halles et ports. Il ne peut donc être étendu aux magasins privés, même s'il s'agit de grossistes exer-

(98) Crim., 18 janvier 1838, Vignes et Biveney, Rép., D. éd. 1848, V° Commune, n° 943, note 2.

(99) Lhermite, Rép., D. V° Commune, n° 676, note 1 et ARTUR, *op. cit.*, p. 488.

(100) Crim., 27 février 1909, Dupeu, Galon, Sergent et Beaugendre, S. 1910. I.401, note J.A. Roux.

(101) Crim., 25 février 1959, Roquesalane, B. 132.264.

(102) C.E., 23 novembre 1955 (2° et 4° sect.), Dame Dupont.

cant une activité en rapport avec un abattoir. L'arrêté municipal qui avait ainsi cru pouvoir étendre le monopole des peseurs-jurés est illégal (103).

Mais la jurisprudence ne censure pas seulement l'entrave totale à la liberté de la concurrence, elle exerce également ses rigueurs à l'égard des atteintes partielles portées contre cette liberté. Les formes de ces restrictions administratives peuvent être extrêmement variées et suivant le prétexte légal choisi par l'Administration, les tribunaux auront plus ou moins de difficultés à débusquer l'excès de pouvoir.

La candeur ou la présomption de l'administrateur peuvent parfois aider le juge. Quand, en 1886, le maire de Lorient décide que pendant la saison théâtrale, les concerts et les bals publics ne pourront avoir lieu les jours de représentation ordinaire, il est aisé de lui opposer que l'ordre, la sécurité, la salubrité publics n'impliquent en aucune façon une mesure qui n'a d'autre conséquence que de rendre inégale la concurrence des théâtres et des cafés-concerts (104). Il arrive tout de même que l'abus soit plus dissimulé. Sous les apparences d'une prohibition générale, en principe égale pour tous, l'autorité administrative peut glisser une interdiction de concurrence extrêmement efficace. Ainsi est-il possible de ruiner le commerce ambulant au profit du commerce sédentaire, en édictant l'interdiction de toutes les ventes au détail, quelqu'en soit le mode, sur toutes les voies publiques d'une ville. A en juger par le nombre des espèces, l'autorité municipale a souvent recouru au procédé. Mais chaque fois que l'arrêté a été déféré à l'autorité judiciaire, celle-ci n'a pas manqué d'en relever l'illégalité, soit par application pure et simple du principe indiqué au début de ce paragraphe (105), soit en ajoutant que l'interdiction ne comporte aucune référence aux nécessités de la circulation ou de la sécurité, ce qui amorce peut-être une évolution possible des solutions d'espèce et qui confirme en tout cas l'attention particulière des juges aux intérêts dont l'administration a la charge sur les lieux ou voies publiques (106).

En régime libéral, la liberté de la concurrence postule enfin la libre détermination du nombre des points de vente. Toutefois la

(103) Crim., 29 mai 1957, Syndicat des peseurs-jurés de Marseille, B. 455.818.

(104) Crim., 20 janvier 1888, Jean Nozay, B. 32.49.

(105) Crim., 24 juin 1887, Bostcazo, B. 240.377. Crim., 22 mars 1907, Betton, G.P., 1907.I.473, S. 1910.I.278 Crim., 6 juin 1908, Deshayes, G.P., 1908.2.55. T.S.P., Marseille, 8 février 1955, N... G.P., 1955.I.410. T.S.P., Clermont-Ferrand, 23 août 1955, Nicolas, D. 1956, S. 10.

(106) Crim., 3 avril 1936, Delaporte et Soc. Anonyme des Laiteries modernes, G.P., 1936.2.33, D.H., 1936.270.

prolifération de certains commerces peut entraîner des inconvénients réels, susceptibles de se rattacher aux intérêts légalement placés sous la sauvegarde des autorités administratives. Le problème soulevé par l'opposition des droits en cause reste actuel et les solutions données très significatives de l'attitude judiciaire. Le portage du pain à domicile et la création de nouveaux dépôts de pain fournissent un bon exemple de ces difficultés. Contre le portage du pain et l'extension des dépôts, maires et préfets ont pu invoquer les exigences de la fidélité du débit et surtout celles de l'hygiène, ces dernières certainement plus impératives de nos jours qu'au siècle dernier. Ces préoccupations n'ont cependant pas paru déterminantes. Avec, dans un seul cas, une réserve sur l'éventualité de la justification de la mesure par des considérations d'hygiène, la Cour de cassation a jugé que les régimes d'interdiction de portage ou de création de nouveaux dépôts ou d'autorisation préalable pour ces activités étaient directement attentatoires au principe de la liberté du commerce et de l'industrie (107).

B. — LES TRIBUNAUX JUDICIAIRES

ET LA LÉGALITÉ DES RÉGLEMENTATIONS PROFESSIONNELLES.

Les questions soulevées par la liberté de la concurrence sont généralement tranchées au niveau des principes : celles que pose l'organisation professionnelle obligent davantage à entrer dans le détail de la réglementation. Pour cette raison, il ne sera pas possible de rendre compte de toutes les solutions données par la jurisprudence ; on retiendra seulement les exemples les plus représentatifs des tendances judiciaires.

On ne peut manquer de rappeler d'abord que le premier arrêt de la Cour de cassation — Chambre criminelle — relevant l'illégalité d'un acte administratif (3 août 1810) concernait l'application de règlements municipaux prohibant tous actes de travail et de commerce les dimanches et jours de fête. Si la Cour suprême ne s'est pas expressément référée dans cette affaire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, elle n'y a pas manqué par la suite lorsque des questions de jours ou d'horaires d'ouverture des commerces se trouvaient en litige.

La fixation autoritaire du temps de travail est certes un moyen efficace d'intervention dans la vie économique, mais l'administration peut-elle y recourir ? Elle le pensait en matière de commerce

(107) Crim., 20 décembre 1956, Morcrette, Girodet et Synd. des boulangers et pâtisseries de Senlis, B. 865.1531. Crim., 22 mai 1957, Chateau et Beaubert, B. 443.794.

d'alimentation, en se fondant d'une part sur l'obligation qui lui incombe de prendre les mesures nécessaires pour assurer le ravitaillement des populations et d'autre part sur les prescriptions impératives du Code du travail réglementant les congés annuels des salariés. Aucune de ces deux considérations, dont la valeur intrinsèque n'est pas méconnue par la jurisprudence, ne lui a cependant pas paru pouvoir autoriser l'imposition d'un plan d'étalement des congés payés dans la boulangerie. La Cour de cassation qui a eu l'occasion de statuer plusieurs fois à ce sujet a estimé que la liberté du commerce et de l'industrie laissait aux boulangers le libre choix de la date des congés payés de leurs employés (108). Le désordre qui en est résulté a paru suffisamment fâcheux au législateur pour l'obliger à intervenir et il l'a fait en déléguant aux autorités compétentes « le soin de réglementer la fermeture annuelle des boulangeries, lorsque cette fermeture sera rendue nécessaire pour l'application de la législation sur les congés payés, après consultation des organisations patronales et ouvrières, de manière à assurer le ravitaillement de la population ». Ainsi depuis la loi du 19 juillet 1957, ajoutant un paragraphe 9° à l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, la question n'a plus qu'un intérêt historique. Il doit toutefois être précisé que le droit de fixer par voie d'autorité le jour de repos hebdomadaire des boulangeries, sous certaines conditions (art. 30 et suiv. du Code du travail, liv. II) n'est reconnu qu'au seul préfet. La jurisprudence veille à la stricte application de cette disposition et rappelle que le maire ne jouit d'aucun pouvoir particulier en ce domaine (109).

Mais le libéralisme judiciaire, il est juste de le souligner, ne s'exerce pas seulement contre les exigences récentes des régimes de prévoyance dans l'organisation du travail. Il transparait aussi et depuis longtemps dans les matières les plus diverses par le souci de la jurisprudence de défendre le commerçant, et de manière générale le travailleur indépendant, contre toutes les formes de sujétion qui n'ont reçu l'approbation formelle de la loi.

Ainsi, jusqu'à ce que la loi du 15 février 1898 fasse aux brocanteurs l'obligation particulière de tenir un registre de tous leurs achats, la Cour de cassation jugeait illégale cette même obligation lorsqu'elle était seulement prévue par des arrêtés préfectoraux ou municipaux (110). Et pas davantage la même Cour ne reconnaissait

(108) Crim., 16 mars 1955, Synd. dép. des maîtres-boulangers et pâtisseries du Gard, B. 155.274. Crim., 30 juin 1955, Paturange et Bouchet, B. 530.929.

(109) Crim., 20 décembre 1956, Morcrette, Girodet, B. 865.1531.

(110) Crim., 27 septembre 1851, Léopold dit Aron Hahn, D.P., 1851.5, Col. 40. Crim., 16 juillet 1870, Feillon, D. 1871.I.187.

valeur légale à l'arrêté d'un préfet étendant « à toutes les personnes quelconques donnant à louer en garni les obligations imposées aux logeurs de profession » (111). Même lorsqu'il s'agit d'instituer un rationnement, la Cour de cassation ne se laisse pas prendre aux considérations probablement plus démagogiques que sincèrement humanitaires qui incitent un maire, « en dehors de toute circonstance particulière », à réserver en priorité la vente du lait à certaines catégories d'acheteurs (112).

La profession de chauffeurs de taxi a donné lieu, nous en avons déjà donné quelques exemples, à de très nombreuses décisions judiciaires consacrant les droits de cette catégorie particulière de travailleurs d'un type éminemment individuel, au moins encore en province. Il faut bien dire qu'on pourrait croire parfois que la vigilance administrative sur les chauffeurs de taxi ne puisse s'exercer sans quelque malignité. Le Conseil d'Etat lui-même, plus compréhensif, nous l'avons dit, pour les responsabilités de l'administration que les tribunaux judiciaires en ce domaine, a dû également intervenir pour modérer le zèle des autorités réglementantes. Dans une espèce il a eu à dire qu'un maire n'avait pas, dans le cadre du régime de l'autorisation préalable, à interdire aux patrons-chauffeurs le droit de s'adjoindre les services d'un employé en la personne de son conjoint (113). Quant à la Chambre criminelle, confirmant d'ailleurs le tribunal de simple police, elle a été conduite à préciser que le pouvoir préfectoral de réglementer en certaines villes quelques modalités d'exercice de la profession de chauffeur de taxi, limitativement autorisés à circuler comme tels, ne pouvait atteindre, ce qui paraissait l'évidence, les sociétés exploitant seulement des voitures de remises et en particulier ne comportait pas le droit de faire supprimer de la raison sociale de telles sociétés le mot « taxis » (114).

La réglementation abusive, maires et préfets n'en ont pas le monopole. Le décret du 21 décembre 1951, pris cependant en application de la loi, qui, obligeant les bouchers en gros à inscrire à l'avance sur leurs bordereaux le nom de leurs acheteurs, leur interdisait par là même la pratique de la vente « à la chine », n'échappe pas à la critique de la Cour suprême, « attendu que la loi précitée du 24 mai 1951, en instituant une taxe sur la circulation des viandes n'a en rien dérogé au principe général de la liberté du commerce et de l'industrie » (115).

(111) Crim., 4 mars 1882, Vve Macrez, B. 64.99.

(112) Crim., 7 janvier 1922, Cousin, B. 14.21.

(113) Dame Dupont, 23 novembre 1955.

(114) Crim., 14 mai 1956, Hauguel et Andréani, B. 374.688.

(115) Crim., 24 janvier 1957, Derail, B. 78.131.

N'est-il pas particulièrement significatif du prix que les tribunaux judiciaires attachent à la liberté du commerce et de l'industrie que devant les exigences de ce principe aient dû céder celles de la tranquillité du domicile. En 1889, le maire de Carentan avait interdit aux « colporteurs, marchands ambulants, chaudronniers, étameurs et autres industriels... de sonner aux portes et de s'introduire dans les maisons et cours, sans y avoir été appelés ». La Chambre criminelle devait lui dénier ce droit. Il n'appartient pas à l'autorité municipale « de subordonner l'exercice de ces professions, à l'intérieur du domicile des particuliers à des conditions de nature à porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie » (116).

C. — LA SITUATION PARTICULIÈRE DES PHOTOGRAPHES-FILMEURS
DEVANT LES TRIBUNAUX JUDICIAIRES.

Si les juges consacrent ainsi la liberté d'être importun à la porte des particuliers, à plus forte raison devaient-ils la reconnaître sur la voie publique. On sait combien depuis la guerre s'est développée cette forme de commerce ambulant qui consiste à proposer aux passants, dans la rue, de prendre leur photographie pour leur vendre ensuite les épreuves qui leur plairont. On sait aussi combien ces sollicitations sont parfois désagréables et combien même, si elles sont le fait d'individus sans scrupules, elles peuvent porter atteinte au secret de la vie privée.

Des maires se sont émus. Certains sont allés jusqu'à interdire totalement cette activité de photographe-filmeur. D'autres, pour tenter d'exercer un contrôle sur la moralité de ces professionnels, ont institué le régime de l'autorisation préalable. D'autres encore pour décourager cette activité ont limité leurs autorisations d'exercice à des zones dépourvues d'intérêt commercial.

Les deux premières formes d'intervention ne pouvaient laisser de doute sur leur irrégularité. Le Conseil d'Etat la constatait dès 1951 (117) et la Chambre criminelle statuait dans le même sens (118). Mais la troisième forme d'intervention posait au juge un problème d'appréciation assez délicat, puisqu'en définitive, il avait à se décider, pour chaque réglementation soumise à son contrôle, suivant des éléments de pur fait et à exercer ainsi un contrôle essentiellement subjectif, approchant de très près celui de

(116) Crim., 24 mai 1913, Abadie et Maupoumé, B. 248.491.

(117) C.E., Daudignac et Fédér, Nat. des photographes filmeurs, 22 juin 1951, D. 1951.589, concl. Gazier.

(118) Crim., 2 février 1955, Delgay c/ Stinét, B. 79.137.

l'opportunité. Et c'est ici que les solutions judiciaires méritent spécialement d'être rapportées.

La Chambre criminelle n'a pas reculé en effet devant l'estimation qu'elle était conduite à faire des limites de fait de la liberté de ce commerce ambulant, des possibilités réelles laissées aux photographes d'exercer leur profession. Ainsi les restrictions de l'arrêté du maire de Grasse qui n'autorisait la pratique de ce commerce que les jours de foire et sur une place, et celles de l'arrêté du maire de Nice qui aboutissait à interdire aux photographes les principales artères de la ville (58 rues) ont été assimilées par la Cour de cassation à l'interdiction générale et comme telles jugées incompatibles avec la liberté du commerce et de l'industrie (119). Dès lors l'arrêté municipal prévoyant d'instaurer des emplacements réservés pour les photographes-filmeurs, après adjudication, et l'arrêté préfectoral interdisant d'opérer à moins de trente mètres des établissements des photographes professionnels sédentaires, ne pouvaient être moins sévèrement appréciés et leur illégalité ne pouvait être que prononcée (120).

D. — LES LIMITES D'UNE LIBERTÉ.

Sur la défense de la liberté du commerce et de l'industrie nous n'avons pratiquement cité jusqu'ici que des arrêts de la Cour de cassation. On aurait tort d'en déduire que la fermeté de la jurisprudence soit le seul fait de la Cour suprême. Il apparaît bien au contraire que ce sont les tribunaux locaux qui s'avancent le plus loin dans la défense du libéralisme économique.

D'abord, il convient bien de préciser que dans la grande majorité des espèces rapportées, les juridictions inférieures avaient déjà tranché en faveur de la liberté et contre la réglementation, la juridiction de cassation n'ayant eu qu'à rejeter les pourvois. Mais surtout il faut tenir compte des décisions cassées qui témoignaient d'une grande vigueur dans la défense de la liberté de la concurrence ou de la liberté de la profession. Les tribunaux de simple police, aujourd'hui tribunaux d'instance, qui sont les juridictions les plus proches du justiciable, recueillent assez souvent les échos directs des mécontentements ou même des colères de l'administré. Les magistrats peuvent alors se rendre compte par eux-mêmes du caractère réellement dommageable d'un acte dont la motivation, abstraite-

(119) Crim., 2 février 1955, Bouget, B. 75.131. Crim., 18 février 1957, Pelet, B. 564.1018, J.C.P., 1957.II.10202.

(120) Crim., 13 mars 1958, Maguelonne et Cellié, B. 258.442. Crim., 10 octobre 1957, Stellvagen, B. 625.1121.

ment examinée, semble irréprochable. Par contre, ces mêmes juges peuvent alors oublier de prendre la distance nécessaire, lorsque doivent être mis en balance l'intérêt général et les situations particulières. Et c'est bien ce qui ressort du rapprochement des solutions locales et des solutions de cassation.

Réglementer le stationnement des autocars sur la voie publique en subordonnant les autorisations nécessaires au paiement d'une taxe, c'est, pour le tribunal correctionnel de Lyon, créer une inégalité de traitement que les nécessités d'assurer la sécurité dans la rue ne peuvent justifier, c'est rompre l'égalité de la concurrence; pour la Cour de cassation, qui inaugurerait il est vrai à l'époque une période d'extrême réserve à l'égard des moyens d'illégalité relevant du détournement de pouvoir, le même arrêté n'appelait pas de critique (121).

Interdire ou restreindre les ventes devant les boutiques suivant la largeur du trottoir, c'est pour le tribunal de simple police de Grenoble créer une inégalité entre les commerçants d'une même branche; pour la Cour de cassation, c'est user normalement des pouvoirs de police municipale pour la sûreté et la commodité du passage dans les rues (122).

Obliger certains commerces dans des communes séparatives de département à fermer les jours où la concurrence des commerçants voisins s'exerce avec le plus d'efficacité, c'est encore, pour le tribunal de police de Vienne, entraîner une inégalité pour des exploitations de même nature; mais la Cour de cassation n'y voit qu'une gêne compatible avec la liberté du commerce et de l'industrie (123).

Pour le tribunal de simple police de Toulon, quand un préfet interdit, dans le cadre de la réglementation du repos hebdomadaire l'exercice d'un certain commerce, il devrait consulter au préalable non seulement les syndicats patronaux et ouvriers du commerce considéré, mais aussi les syndicats patronaux et ouvriers des commerces exerçant accessoirement l'activité en cause; pour la Cour de cassation, la consultation préalable prévue par la loi n'a pas besoin d'être aussi large (124).

Interdire enfin aux marchands des quatre saisons de crier le prix de leurs marchandises dans les rues, c'est pour le tribunal de simple police de Reims enfreindre le droit absolument général des marchands sur la voie publique; pour la Cour de cassation, c'est se prévaloir d'une faculté que la loi n'a expressément conférée qu'aux

(121) G.P., 1935.I.837.

(122) Crim., Guillermin, B. 1956.641.1145.

(123) Crim., Gineys, B. 1961, B. 293.565.

(124) Crim., Bertrand, G.P., 1937.2.18.

vendeurs aux enchères de marchandises neuves, comestibles et menue mercerie exceptés (125).

On peut ainsi le constater, la Cour de cassation qui, depuis 1935, distingue la simple gêne de l'atteinte illégale, ne considère pas la liberté du commerce et de l'industrie comme un bien absolu et n'élève pas au rang de principe intangible le libéralisme économique. Celui-ci doit s'inscrire dans un ordre plus vaste qui est celui de la protection des libertés par le respect du droit. Même en matière de liberté du commerce et de l'industrie, la Cour de cassation entend user de son pouvoir de définition de la légalité administrative pour sanctionner les exigences qui sont la contrepartie du commerce libre : la sincérité des transactions et la loyauté de la marchandise.

Elle l'a fait en tous cas lorsqu'à deux reprises, en 1927, elle a reconnu légaux les arrêtés préfectoraux qui obligeaient à l'affichage des prix d'une manière apparente, pour toutes les denrées, sauf de luxe, dans les magasins, halles, marchés ou sur la voie publique (126). Elle l'a fait un peu plus tard lorsqu'elle a reconnu légale l'obligation faite aux bouchers et charcutiers de remettre au client une fiche avec la catégorie du morceau acheté, son poids et son prix (127). Elle le faisait récemment encore quand elle approuvait le préfet du Bas-Rhin d'avoir prescrit aux fabricants de yoghourt de ne mettre en vente que des pots portant l'indication de la date limite d'utilisation de la marchandise (128).

(125) Crim., Larget, B. 1907.308.491.

(126) Crim., 20 et 31 mai 1937, Dupieport, Demory, B. 123.242, et B. 140.274, D.H., 1927.381.

(127) Crim., 23 mars 1928, Patris, B. 203.101.

(128) Crim., 13 mars 1958, Guthmuller, B. 259.443.

CONCLUSION

Au terme de cette étude, volontairement descriptive, phénoménologique si l'on préfère, du contrôle de la légalité administrative et de son apport au Droit, deux constatations majeures doivent être faites.

La première, c'est, en opposition avec le caractère premier et le plus permanent du contrôle judiciaire de légalité, — son caractère exceptionnel — l'importance acquise par cette procédure accidentelle : importance quantitative par le nombre et la variété des espèces auxquelles elle a donné lieu, importance qualitative par l'incidence remarquable des appréciations judiciaires sur le sort de certaines règles de droit. Nous avons pu prendre conscience en effet de l'efficacité du contrôle judiciaire et relever que la position prise par les tribunaux sur tel point précis avait, soit interrompu la pratique jusqu'alors suivie, soit modifié le cadre de la réglementation en obligeant le législateur à intervenir ou l'administrateur à réviser ses méthodes. En certains domaines, les juges ont pu apparaître aux autorités administratives comme d'inconvenants gêneurs et aux justiciables comme d'inespérés défenseurs.

Toutefois, et c'est la seconde constatation qu'il importe de faire, l'examen judiciaire de la légalité administrative est encore marqué d'incertitude sur les théories qui le fondent et d'insuffisance dans les conceptions qui le déterminent. D'une part, au plan de la justification du contrôle, des problèmes restent posés qui peuvent remettre en question le domaine des actes susceptibles de la censure judiciaire. D'autre part, l'analyse des composantes de l'attitude judiciaire a fait ressortir une difficulté sensible des juges à suivre l'évolution rapide des structures juridiques et économiques et ce retard d'information notable tant sur le rôle de l'Etat que sur l'échelle des valeurs d'une économie moderne, est responsable de décisions timides et décevantes.

Dès lors une question se pose. Si l'Administration que les juges entendent maintenir sur les chemins de leur légalité n'est plus tout à fait la même que d'administration décrite par un droit nouveau imposé par les bouleversements politiques et sociaux, peut-on encore parler d'une contribution utile des tribunaux judiciaires à la définition continué du droit administratif ?

Il faut, à notre sens, répondre affirmativement.

Oui certes, l'exception d'illégalité n'est pas la voie normale, la voie ordinaire pour faire valider ou invalider les actes de l'Administration et par là affermir ou restreindre son autorité. Oui certes, il existe des juridictions dont c'est la vocation naturelle de s'assurer de la légalité des actes administratifs et de leur conformité aux objectifs assignés. Oui, certes, le jugement judiciaire sur cette légalité ne sera jamais qu'accidentel au point de vue procédural et parfois aventuré au point de vue technique.

Et cependant, qui affirmerait que rien ne serait changé dans le comportement des autorités administratives si ce substitut occasionnel du contrôle de la légalité administrative venait à être supprimé ? Qui assurerait que, sur le double plan de la rapidité et de la sécurité de la décision, les justiciables menacés par un acte illégal d'une autorité publique trouveraient en toutes circonstances, auprès des seules juridictions administratives, la protection efficace qu'ils attendent du juge ?

Plus d'un épisode fâcheux des relations de l'Administration et de la juridiction administrative serait là pour obliger à nuancer la garantie (1). Soit que la déclaration d'illégalité vienne trop tard et s'avère alors impuissante à réparer les effets de l'exécution d'office, soit que paradoxalement elle fasse le jeu de l'Administrateur, libre de maintenir le fond de son acte, sauf à en modifier la forme ou la motivation suivant les indications précieusement fournies par la juridiction administrative, cette dernière, si elle sert toujours la cause du Droit, en plus d'un cas sert bien mal celle des administrés.

L'intervention judiciaire peut être maladroite ou excessive, elle est toujours immédiatement opérante dans le contentieux pénal comme dans le contentieux fiscal. L'exception judiciaire d'illégalité continue d'être l'un des contrepois les plus efficaces à la disproportion sans cesse aggravée entre l'Etat et les particuliers.

(1) J. RIVERO, *Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits*, Mélanges Dabin, T. II, p. 287. P. BRETTON, *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, p. 228.

Mais c'est plus encore son aspect constructif qui doit être retenu en sa faveur. La dualité des ordres juridictionnels — l'observation est devenue maintenant banale et c'est heureux — ne doit plus être considérée comme un effet de l'affrontement des pouvoirs mais comme une invitation à leur collaboration. De plus en plus ceux qui ont la charge de conserver au droit sa valeur normative insistent sur l'unité de l'ordre juridique. M. Vedel dénonce « le séparatisme juridique... un des grands dangers menaçant notre droit » (2). M. Rivero plus d'une fois rappelle le caractère seulement technique de la division du travail juridictionnel et sa subordination à l'exigence supérieure d'une « justice qui est une, même s'il y a deux ordres pour l'assurer » (3). « Quel que soit le qualificatif qui y est accolé, le droit trouve son unité nécessaire dans les exigences de la conscience juridique d'une époque déterminée : ses différentes branches reflètent chacune avec les caractéristiques qui lui sont propres, cet élément commun » écrit à l'usage des futurs juristes de droit public, M. Odent, l'un des membres les plus éminents du Conseil d'Etat (4).

Dans cette perspective, le rôle du contrôle judiciaire de légalité apparaît en pleine lumière. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un dialogue entre l'Administration et les tribunaux judiciaires mais d'un échange. Par le médiocre moyen d'incidents de procédure, parfois mesquins, l'Administration sait ce que les juges pensent de la régularité de son action et les juges prennent conscience de quelques nécessités d'administration jusqu'alors inconnues ou mal connues d'eux. L'exception d'illégalité qui ne réalise certainement pas les meilleures conditions d'une rencontre des deux « blocs », leur offre néanmoins des occasions privilégiées de réflexion sur leurs responsabilités respectives. La répétition même de ces contacts ne peut que mieux ancrer dans l'esprit des juges cette évidence que les jurisprudences doivent s'accorder et que le droit ne peut être différent parce que différents sont les prétoires.

Pourquoi ne pas supposer que les récents et très notables progrès du rapprochement entre les deux droits, le droit public et le droit privé, au moins dans le contentieux de la réparation, ont quelque rapport avec la longue histoire de l'exception d'illégalité et son développement marqué dans le dernier quart de siècle ? (5).

(2) Note sous C.E., Audouin, J.C.P., 1954.II.7916.

(3) Note sous T. confl. Tomasson et E.D.F., J.C.P., 1956.II.9198, et Chr. sur la réforme du contentieux administratif, D. 1951.D.163.

(4) Contentieux administratif. Cours professé à l'Institut d'Etudes Politiques, 1961-1962, fasc. I, p. 11.

(5) On songe évidemment ici à la nouvelle jurisprudence judiciaire sur la

Pourquoi ne pas espérer d'un nouvel approfondissement de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires, une meilleure définition et une meilleure application de cette légalité ?

Il est vrai que l'avenir du contrôle judiciaire, c'est avant tout des juges eux-mêmes qu'il dépend. C'est à eux que s'adressent ces rappels de la primauté de la justice à rendre et de l'indispensable convergence des tâches juridictionnelles. A eux aussi que sont demandées une attention plus grande aux acquisitions du droit de l'Administration et une connaissance plus exacte de ses problèmes. Aux juges sur qui pèse cette lourde responsabilité, que par sa clarté, sa simplicité, son efficacité, le Droit ne puisse avoir d'autre visage que celui de la Justice.

Vu,

*Le Président
de la Thèse :*
M. RIVERO.

Vu,

*Le Doyen de la Faculté de Droit
et des Sciences Economiques de Paris :*
G. VEDEL.

Vu et permis d'imprimer,

Le Recteur de l'Académie de Paris :
ROCHE.

réparation des dommages causés par le service public de la police judiciaire :

— d'une part, l'affaire du Dr Giry, T. civ. Seine, 5 décembre 1952, J.C.P., 1953.2.7371, note Vedel, où il a été fait application des règles du droit public de la réparation, solution finalement approuvée par la Cour de cassation, Civ., 23 novembre 1956, D. 1957.J.34, concl. Lemoine ;

— d'autre part, l'affaire Baud, dans laquelle après un arrêt d'incompétence du Conseil d'Etat du 11 mai 1951, S. 1952.3.13, concl. Delvolvé, la victime a fini par obtenir réparation sur la base du droit public par arrêt de la Cour de Lyon du 28 novembre 1962, G.P., 1962, nos du 18-19-20 septembre 1963.

Bibliographie

I. — OUVRAGES GENERAUX

(Traité, Manuels, Cours...)

- DALLOZ (Répertoire), éd. de 1846 et 1848.
— (Encyclopédie), *Droit criminel*, éd. 1953.
- DONNEDIEU DE VABRES (H.), *Traité de Droit criminel et de Législation pénale comparée*, 1948.
- EISENMANN (Ch.), *Cours de Doctorat*, 1954-1955 : Régimes de droit public, régimes de droit privé. Les Nouvelles Institutes.
- GARCON (E.), *Code pénal annoté*, nouvelle éd. 1956 par Rousselet-Patin-Ancel.
- GARRAUD (P.), *Traité d'Instruction criminelle*, 1934.
- GORPHE (F.), *Les décisions de justice*, 1952, P.U.F.
- HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif*, 12^e éd., Sirey, 1933.
- HÉLIE (F.), *Pratique criminelle des cours et tribunaux. Droit pénal*, T. I, 6^e éd., par Brouchet, 1954.
- LABORDE-LACOSTE (M.), *Exposé méthodique de Droit pénal*.
- LAFERRIÈRE (E.), *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd., 1896, T. I et II, Berger-Levrault.
- LAUBADÈRE (A. de), *Traité élémentaire de droit administratif*, 2^e éd., 1957, L.G.D.J.
- LE POITEVIN (G.), *Dictionnaire-Formulaire des Parquets*, 1954, Rousseau.
- MERLIN, *Questions de Droit*, 4^e éd., 1829.
- ODENT (R.), *Contentieux administratif, cours professé à l'I.E.P. de Paris*, 1961-1962, Les Cours de Droit.
- RIVERO (J.), *Droit administratif*, Précis Dalloz, 1960.
— *Cours de doctorat*, 1955-1956 : Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de l'Administration en droit comparé, Les Cours de Droit.
- TROTABAS (L.), *Science et Technique fiscale*, Précis Dalloz, 1960.
- VEDEL (G.), *Droit administratif*, P.U.F., 1961.
- WALINE (M.), *Traité élémentaire de Droit administratif*, Sirey, 6^e, 7^e et 8^e éditions.
— *Cours de Doctorat* 1947-1948-1949 : Les rapports du droit administratif et du droit pénal, Les Cours de Droit.
— *L'Individualisme et le Droit*, Sirey, 1949.

WALINE (M.) et LAFERRIÈRE (J.), *Traité élémentaire de Science et de Législation financière*, 1952, Sirey.

II. — OUVRAGES SPECIAUX

(Thèses, Monographies)

BRETTON (P.), *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, L.G.D.J., 1964.

CADART (J.), *Les tribunaux judiciaires et la notion de service public : la notion judiciaire de service public*, Annales de la Faculté de droit de Lyon, Sirey, 1954.

CASTAGNÉ (J.), *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative*, L.G.D.J., 1964.

DEBARY (M.), *La notion de voie de fait en droit administratif*, L.G.D.J., 1960.

DURAND (C.), *Les rapports entre les juridictions administratives et judiciaires*, L.G.D.J., 1956.

GOYARD (C.), *La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, éd. Montchrestien, 1962.

JEANNEAU (B.), *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1954.

LACROIX (R.), *L'appréciation de la légalité des règlements administratifs par les tribunaux judiciaires*, Nancy, 1931.

LUREAU (P.), *De l'interprétation des règlements administratifs et de l'appréciation de leur légalité par les tribunaux judiciaires*, Bordeaux, 1930.

PATUREAU-MIRAND (L.), *L'arrêt Septfonds*, éd. Domat-Montchrestien, 1935.

PELLETIER (C.), *L'appréciation de la légalité des actes administratifs par le juge répressif*, L.G.D.J., 1954.

ROBERT (J.), *Les violations de la liberté individuelle commises par l'Administration*, L.G.D.J., 1956.

RIVES (A.), *L'exception d'illégalité en France*, Paris, 1908.

VECCHIERINI (R.), *L'exception d'illégalité en France*, Domat-Montchrestien, 1935.

III. — CHRONIQUES, ARTICLES, NOTES, CONCLUSIONS

ARTUR (E.), *Séparation des pouvoirs et des fonctions*, R.D.P., 1903, p. 415 et suiv., et publication séparée par Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1905.

AUBY (J.-M.), Note s/confl. P.G. Avranches et Desmarets, 5-7-1951, S. 1952.3.1.

— *Emprise irrégulière et voie de fait*, J.C.P., 1955.I.1259.

— *La réglementation administrative du stationnement*, D. 1962, Chr. XV, p. 83.

BLAEVOËT (Ch.), Notes sous : Civ., Dlle Ducousso, D.P., 1938.I.106.

— Confl. Avranches et Desmarets, D. 1952.J.271.

— Confl. Dame de la Murette, J.C.P., 1952.II.7158.

— Note sous T. Civ. Seine, 7-5-1953, J.C.P., 1954.II.7759.

— Chr. XIX : Variations sur la voie de fait, D. 1950.

BONNARD (R.), *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives*, R.D.P., 1923, p. 363 et suiv.

BOUCHE (M.), Notes sous C.A., Montpellier, 18-6-1959. D. 1960.J.290, et T. Pol., Avesnes, 11-1-1962, D. 1962.J.299.

CARRIAS (P.), Note sous Crim., 6 octobre 1955, D. 1956.J.540.

CELIER (Ch.), Conclusions dans C.E., Alexis et Wolff, S. 1948.III.101.

- CHAPUS (R.), *De la soumission au droit des règlements autonomes*, D. 1960, Chr. p. 119.
- CHRÉTIEN (M.), *De l'illégalité du Code général des Impôts de 1950 devant les tribunaux judiciaires*, J.C.P., 1954.I.1149.
- *Le recours pour excès de pouvoir en matière fiscale*, J.C.P., 1946.D.571.
 - *Les décisions relatives à l'illégalité de certaines dispositions du Code général des Impôts*, J.C.P., 1955.I.1241.
- CLOSSET (P.), *Le contrôle de la légalité et l'interprétation des règlements par l'autorité judiciaire*, Rev. Critique de Législation et de Jurisprudence, 1924, p. 244 et suiv.
- CONSTANT (P.), *De la légalité des délits et des peines*, Rev. Inter. de Droit pénal, 1937.
- COSTA (J.-L.), *Rapport sur Crim.*, 21 décembre 1961, D. 1962.J.102.
- DELVOLVÉ (J.), *Une crise du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires*, Etudes et Documents, 1950.IV, p. 21.
- DONNEDIEU DE VABRES (J.), *Les éléments administratifs de l'infraction*, D. 1952, Chr. XXIX.
- DUGUIT (L.), Note sous Cass., 24 octobre 1917, S. 1918-1919.I.193.
- DURAND (P.), *La décadence de la loi dans la Constitution de la V^e République*, J.C.P., 1959.I.1470.
- EISENMANN (Ch.), Note sous Alexis et Wolff, 7 novembre 1947, D. 1948.J.472.
- FLINIAUX (A.), *Le recours en appréciation de validité*, in *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 297.
- FRÉJAVILLE (M.), *La réquisition pour logement*, J.C.P., 1946.D., Chr. p. 557.
- Note sous T. confl. Barinstein, J.C.P., 1947.II.3966.
 - *La protection de la propriété privée et la liberté individuelle contre les réquisitions irrégulières de logement*, Rev. Tr. Dr. Civ., 1948, n° 1.
- GAL (H.), *La juridiction compétente pour connaître des atteintes aux droits fondamentaux de la personne qu'il y ait ou non voie de fait administrative*, J.C.P., 1951.I.927.
- GAZIER (F.), Concl. sous C.E., 22 juin 1951, D. 1951.J.589.
- GERVAIS (A.), *Appréciation de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires*, R.D.P., 1948, p. 286 et suiv.
- HAURIU (M.), Note sous confl. Septfonds, S. 1923.3.49.
- HOMONT (A.), *L'appréciation de la légalité des actes administratifs individuels par les tribunaux répressifs de l'ordre judiciaire*, J.C.P., 1951.I.956 ter.
- Note sous Crim., 22 février 1951, J.C.P., 1951.J.6623.
- JUGLART (M. de), *Les sanctions administratives dans la législation récente*, J.C.P., 1942, D. 283.
- LAMARQUE (J.), Note sous Crim., 21 décembre 1961, J.C.P., 1962.II.12680, note sous Crim., 29 mars 1962, J.C.P., 1962.II.12728 bis.
- LECLERCQ (C.), *Le déclin de la voie de fait*, R.D.P., 1963, p. 567.
- LEDOUX (I.), *Rapport sur Crim.*, 1^{er} février 1956, D. et S., 1956.J.365.
- LEGAL (A.), Note au S. 1952.I.133.
- L'HUILLIER (J.), *La délimitation des domaines de la loi et du règlement dans la Constitution de 1958*, D. 1959, Chr. p. 173.
- LEVASSEUR (G.), *Une révolution en droit pénal : le nouveau régime des conventions*, D. 1959, Chr. XVIII, p. 121.
- MAGNOL (J.), *Le principe de la légalité des délits et des peines*, Rev. Inter. Droit pénal, 1937.
- MATTER (P.), Concl. sous Septfonds, D. 1924.3.41.

- MESTRE (A.), *Recherches sur l'exception d'illégalité*, in Mélanges Hauriou, 1929, p. 567.
- MEURISSE (R.), *La définition de la voie de fait*, G.P., 1950.II, D. p. 28.
— *L'appréciation de la légalité des actes administratifs par les tribunaux répressifs*, G.P., 1953.2.D.6.
- MORANGE (G.), Notes sur les droits de l'Administration de l'Enregistrement en matière de préemption et sur l'incompétence des tribunaux judiciaires pour vérifier la légalité de l'exercice de ce droit, au D. 1947.J.188, et 293 au D. 1949.J.480.
— Note sous C.E., Dlle Balthazard, D. 1955.J.524.
- PATIN (M.), Rapport au D. 1952.J.397.
- PEPY (A.), Rapport au D. 1949.J.261.
- PINTO (R.), *La protection des Droits de l'Homme par les tribunaux judiciaires en France*, Etudes et Documents, 1949.
— *La répartition des compétences entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, en matière de contentieux administratif*, l'Act. Jur. Dt. Adm., 1954.D.1.
- RIVERO (J.), *Sur la réforme du contentieux administratif*, D. 1951.D.163.
— Note sous C.E., 27-7-1952.II.7211.
— Note sous T. confl., 19 mai 1954, Office publicitaire de France, J.C.P., 1954.II.8382.
— Note sous T. confl., Thomasson et E.D.F., J.C.P., 1956.J.9198.
— *Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif*, Mélanges Dabin, T. II, p. 827.
- ROLLAND (L.), Note sous Civ., 27 avril 1926, D.P., 1927.I.9.
- ROSSIGNOL (C.), *De la compétence des juridictions administratives en matière de sécurité sociale*, D. 1952, Chr. p. 119.
- ROUJOU DE BOUBÉE (G.), *Les deux sources du Droit pénal d'après la Constitution du 4 octobre 1958*, J.C.P., 1961.I.1638.
- RÉGLADE (M.), *L'exception d'illégalité en France*, R.D.P., 1923, p. 393 et suiv.
— *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir*, R.D.P., 1925, p. 413.
- DE SOTO (J.), *La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958*, R.D.P., 1959, p. 240.
- TEXIER (G.), *Les limites de la compétence de l'autorité judiciaire en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique*, D. 1956, Chr. XX, p. 103.
- TROTABAS (L.), *La nature juridique du contentieux fiscal en droit français, in Mélanges Hauriou*, 1929, p. 720.
- VEDEL (G.), De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein, J.C.P., 1948.I.682.
— *La juridiction compétente pour faire cesser, prévenir ou réparer la voie de fait administrative*, J.C.P., 1950.I.851.
— Notes sous : T. cor. Toulon, 18 mars 1948, J.C.P., 1948.II.4299. Cass. civ., 8 juillet 1954, J.C.P., 1955.II.8674. C.E., Audouin, J.C.P., 1954.J.7916. Crim., 28 mai 1959, J.C.P., 1959.II.11152.
- WALINE (M.), Note sous Barinstein, R.D.P., 1948, p. 86.
— *Les rapports entre la loi et le règlement*, R.D.P., 1959, p. 699.

Table des matières

INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE	
LE CADRE ACTUEL DU CONTROLE JUDICIAIRE	5
<i>Section préliminaire. — Rappel du problème posé par les textes révolutionnaires</i>	5
CHAPITRE PREMIER. — <i>L'exception d'illégalité en matière pénale</i>	9
<i>Section I. — Origines et justifications du contrôle</i>	9
§ 1. La justification originaire : la notion d'acte pénalement obligatoire	10
§ 2. Les justifications complémentaires	14
A. — Le juge de l'action est le juge de l'exception	15
B. — L'assimilation matérielle du règlement administratif et de la loi	16
C. — Les invitations législatives	17
D. — Les exigences essentielles du droit pénal	19
<i>Section II. — Portée actuelle de l'exception d'illégalité en matière pénale</i>	22
§ 1. Les limitations établies par la loi	23
§ 2. Le sort des actes administratifs individuels	24
A. — La jurisprudence antérieure à 1951	25
B. — L'aspect doctrinal de la différenciation des actes individuels et réglementaires	26
C. — L'abandon progressif de la jurisprudence du Tribunal des Conflits	29
§ 3. L'exception d'illégalité et les règlements autonomes	34
CHAPITRE II. — <i>Le contrôle de légalité en matière fiscale et parafiscale</i>	41
<i>Section I. — L'importance actuelle du contentieux fiscal et parafiscal attribué aux tribunaux judiciaires</i>	41

§ 1. Le contentieux judiciaire fiscal classique	41
§ 2. Le contentieux judiciaire parafiscal	44
<i>Section II.</i> — Le contrôle de légalité dans le contentieux fiscal et parafiscal	46
§ 1. Justification théorique	46
§ 2. Etendue et portée du contrôle de légalité en matière fiscale	49
A. — Le contrôle judiciaire de l'exercice du droit de préemption .	50
B. — Le contrôle des décisions du Comité supérieur du Tarif des Douanes	52
§ 3. L'extension du contrôle de légalité au contentieux parafiscal	54
CHAPITRE III. — L'exception d'illégalité en matière civile	57
<i>Section I.</i> — Le principe général de l'incompétence des juridictions civiles	57
<i>Section II.</i> — Les raisons actuelles d'une remise en cause de la jurisprudence Septfonds	60
§ 1. L'exception d'illégalité devant le juge civil dans le contentieux de la responsabilité administrative dévolu aux tribunaux judiciaires	61
§ 2. L'illégalité des décisions des autorités de tutelle dans les litiges relevant de la compétence judiciaire	64
§ 3. L'exception d'illégalité dans les matières judiciaires civiles réservées	69
<i>Section III.</i> — L'unique exception du droit positif : l'arrêt Barinstein ..	75

DEUXIÈME PARTIE

LES TRAITS DOMINANTS DE LA CONTRIBUTION JUDICIAIRE AU CONTROLE DE LA LÉGALITÉ ADMINISTRATIVE 81

CHAPITRE PREMIER. — <i>Le contrôle de légalité, contribution judiciaire à la définition des droits administratifs</i>	83
<i>Section I.</i> — La définition et le respect de la volonté étatique dans les actes administratifs par les tribunaux judiciaires	84
§ 1. Le respect des pouvoirs administratifs, correspondant aux responsabilités proprement étatiques	85
A. — Le respect des tribunaux judiciaires pour les exigences de la sûreté générale	86
B. — Le respect des tribunaux judiciaires pour les exigences de la salubrité publique	88
§ 2. Le respect des pouvoirs administratifs dans le contrôle des éléments subjectifs de l'acte	90
A. — Le principe de l'existence, au profit des tribunaux judiciaires, d'un contrôle de légalité atteignant les éléments subjectifs de l'acte	91
B. — Les caractères particuliers de l'appréciation judiciaire de la légalité des éléments subjectifs	96
<i>Section II.</i> — La reconnaissance d'un domaine administratif privilégié ..	101

§ 1. Le respect des pouvoirs de police générale de la circulation	101
§ 2. Le respect des pouvoirs de police spéciale de la circulation	104
§ 3. Le respect de la police des lieux publics	105
<i>Section III. — La reconnaissance du caractère organisé et hiérarchisé des pouvoirs administratifs</i>	<i>107</i>
§ 1. Reconnaissance et protection des pouvoirs propres	108
A. — Le Chef de l'Etat	108
B. — L'autorité préfectorale	108
C. — Le maire	109
§ 2. Reconnaissance du pouvoir de substitution d'action	110
<i>CHAPITRE II. — Le contrôle de légalité, instrument de la protection d'un ordre juridique et social</i>	<i>113</i>
<i>Section I. — La défense de l'ordre juridique</i>	<i>114</i>
§ 1. Le contrôle de la forme et de la publicité	115
A. — Les exigences de la légalité des formes incorporées à l'acte .	115
B. — Le contrôle judiciaire de la publicité des actes administratifs	117
§ 2. Le contrôle judiciaire de la valeur des sources de droit invoquées .	118
A. — Le contrôle de la valeur législative du texte invoqué comme loi	119
B. — Le contrôle judiciaire de la subordination des sources écrites à la loi	122
§ 3. Les tribunaux judiciaires et la défense des principes généraux du droit	127
<i>Section II. — La défense des droits de la personne par le contrôle de la légalité des mesures administratives concernant les libertés publiques et individuelles</i>	<i>129</i>
§ 1. La protection des libertés publiques d'expression	130
A. — Le contrôle de la légalité et la liberté de la presse	130
B. — Le contrôle de légalité et la liberté de l'affichage	131
C. — Le contrôle de légalité et la liberté des spectacles	132
§ 2. La protection des libertés individuelles	133
<i>Section III. — La protection des libertés économiques</i>	<i>135</i>
§ 1. La défense du droit de propriété par le contrôle de légalité	136
§ 2. Légalité administrative et droit de chasse	139
A. — La protection territoriale du droit de chasse	140
B. — La protection judiciaire contre les limitations administratives des espèces susceptibles de chasse	142
§ 3. La défense de la liberté du commerce et de l'industrie	143
A. — La défense de la liberté de la concurrence	144
B. — Les tribunaux judiciaires et la légalité des réglementations professionnelles	147
C. — La situation particulière des photographes-filmeurs	150
D. — Les limites d'une liberté	151
CONCLUSION	154
BIBLIOGRAPHIE	159

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

PARIS -- 1065

Dépôt légal : 1^{er} Trimestre 1966

Printed in France

IMPRIMERIE R. VANÇON

77, rue du Cardinal-Lemoine

PARIS (5^e)

N° 165

10-1-66

